

Wolfgang Lohrberg

**VORAUSSETZUNGEN, GRENZEN UND
RECHTSSYSTEMATISCHE EINORDNUNG
DES ABWEHREINWANDES IM RECHT
GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB**

1979

Meiner Frau und meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555418_0001

VORAUSSETZUNGEN , GRENZEN UND
RECHTSSYSTEMATISCHE EINORDNUNG
DES ABWEHREINWANDES IM RECHT
GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität

zu

Münster / Westfalen

vorgelegt von

Wolfgang Lohrberg

aus Bremen

1979



1. Berichterstatter: Prof. Dr. Knopp
 2. Berichterstatter: Doz. Dr. Vollmer
- Dekan: Prof. Dr. Battes

Tag der mündlichen Prüfung: 30. April 1979

INHALTSVERZEICHNISSeite

Literaturverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
<u>1. Kapitel:</u> Problemstellung und Zielsetzung	1
<u>2. Kapitel:</u> Bedeutung der Schutzgutsfrage des Wettbewerbsrechts für den Abwehreinwand	4
I. Abwehrhandlungen sind Wettbewerbshandlungen	5
II. Beurteilung der Abwehrhandlungen aufgrund der Generalklausel des § 1 UWG	7
1. Die Bedeutung des § 1 UWG als Generalklausel des Wettbewerbsrechts	7
a) Die Konkretisierung der Wettbewerbsverstöße in Form einzelner Tatbestände	9
b) Die Bedeutung der Systematisierung der Wettbewerbsverstöße für das Problem der Abwehr	10
2. Der Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts	11
a) Die Entwicklung der Rechtsgutstheorien	12
aa) Das ältere Schrifttum	12
bb) Die Lehre von der freien und lauten wirtschaftlichen Betätigung	19
cc) Zusammenfassende Kritik dieser Theorien	21
b) Der Interessenschutz im Wettbewerbsrecht	23
aa) Der Begriff des Interesses	26
bb) Die einzelnen im Wettbewerbsrecht geschützten Interessen	29
(1) Interessenschutz des einzelnen Mitbewerbers	30
(2) Interessenschutz der Mitbewerbersamtheit	30
(3) Schutz der "Interessen" der Allgemeinheit	31
(4) Schutz der Verbraucherinteressen	33
c) Zusammenfassung der Betrachtung über den Schutzgegenstand im Wettbewerbsrecht	36

3. Die wettbewerblichen "guten Sitten" als Entscheidungskriterium des § 1 UWG
4. Die Bedeutung der ermittelten wettbewerblichen Grundsätze für die Abwehr

3. Kapitel: Voraussetzungen des Abwehreinwandes

- I. Übersicht der seitens der Rechtsprechung erörterten Gesichtspunkte
- II. Kritische Betrachtung der danach zu prüfenden Einzelerfordernisse
 1. Bestehen einer Abwehrlage
 - a) Rechtswidriger Angriff
 - b) Gegenwärtigkeit des Angriffs
 2. Erforderlichkeit (Notwendigkeit) der Abwehrhandlung
 - a) Keine andere Möglichkeit des Vorgehens gegen den Angreifer (Gebotenheit des Abwehrmittels)
 - b) Tauglichkeit des Abwehrmittels
 - aa) Objektive Eignung des Abwehrmittels
 - bb) Zusammenhangserfordernis zwischen Angriff und Abwehr
 - cc) Gleichartigkeit des Abwehrmittels
 - dd) Erkennbarkeit des Abwehrmittels
 - ee) Zusammenfassung der zum Merkmal "Tauglichkeit des Abwehrmittels" erarbeiteten Ergebnisse
 - c) Verhältnismäßigkeit (Adäquanz) des Abwehrmittels
 - d) Sachlichkeit der Abwehr
 3. Identitätserfordernis zwischen Angreifer und dem durch die Abwehrmaßnahme Betroffenen
 4. Wahrhaftigkeit des Abwehrmittels
 5. Abwehrzweck (kein eigener Angriff)
- III. Untersuchung besonderer Erscheinungsformen des Abwehreinwandes
 1. Zulässigkeit einer Abwehrhilfe
 2. Putativabwehr und Abwehrexzess
- IV. Stellungnahme und eigene Definition des Abwehreinwandes

4. Kapitel: Grenzen des Abwehreinwandes

- I. Die grundsätzliche Abwehreignung der Wettbewerbshandlungen
 1. Die Systematik der "Abwehrtatbestände"
 2. Untersuchung der einzelnen Tatbestände nach allgemeinen Grundsätzen des Wettbewerbsrechts
 - a) Kritische Stellungnahme zur Beschränkung der abwehrtauglichen Tatbestände bei H. Erichsen
 - b) Die grundsätzliche Abwehreignung muß an den Konventionen des Leistungswettbewerbs gemessen werden
 3. Die Beschränkung der abwehrtauglichen Tatbestände nach diesen Gesichtspunkten
- II. Grenzbestimmung der grundsätzlich abwehrtauglichen Tatbestände
 1. Die im Schrifttum und in der Rechtsprechung zur Grenzbestimmung vorgeschlagenen Lösungen
 2. Eigener Lösungsvorschlag

5. Kapitel: Rechtssystematische Einordnung des Abwehreinwandes

- I. Der Abwehreinwand ist kein Rechtfertigungsgrund
- II. Kritische Darstellung der zur rechtlichen Einordnung des Abwehreinwandes im Schrifttum vertretenen Auffassungen
 1. "Selbstverteidigung ist im Wettbewerb unzulässig"
 2. Die sog. "Notwehr=Abwehrlehre" und die Lehre der "analogen Anwendung der Notwehrgrundsätze auf die Abwehr"
 - a) "Notwehr=Abwehrlehre"
 - b) Analoge Anwendung der Notwehrgrundsätze auf die Abwehr
 3. "Die wettbewerbliche Abwehr ist ein eigenes Rechtsinstitut"
- III. Die rechtliche Einordnung des Abwehreinwandes durch die Rechtsprechung

IV. Eigene Stellungnahme zur Rechtsgrundlage
des Abwehreinwandes

1. Abwehreinwand und Notwehreinwand sind
unterschiedliche Begriffe
 2. Der Abwehreinwand ist ein dem Grundgedanken
der Notwehr angelehntes eigenständiges,
wettbewerbsspezifisches Rechtsinstitut
- V. Abgrenzung der Abwehr von dem Einwand der
"Wahrnehmung berechtigter Interessen" und dem
Einwand der "unclean hands" im Wettbewerbs-
recht.

VI. Der Abwehreinwand in prozessualer Sicht

6. Kapitel: Ergebnis der Untersuchung

LITERATURVERZEICHNIS

- Arras, Gerth Superlativ-Werbung im Wandel der Zeit, NJW 1954, S. 1910 - 1912
- Baumbach, Adolf Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Berlin 1929
- Baumbach-Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I, Wettbewerbsrecht, 11. Aufl., München 1974
- Becher, Carl Wettbewerbsrecht, Kommentar, Berlin W 35 1928
- Becher, Hans Die Werbeware, NJW 1966, S. 1289 - 1294
- Bericht des Bundesministers der Justiz über die Möglichkeit einer wahrheitsgemäßen vergleichenden Werbung Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Drucksache IV (1976), GRUR 1964, S. 192 - 195
- Bernhard-Schweer Schutz gegen Unterpreise und Lockvögel, WRP 1968, S. 216 - 218
- BGB-RGRK Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, I. Band, 1. Teil, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240, 11. Aufl., Berlin 1959
- Kommentar zum BGB, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, I. Band, 1. Teil, 18. Lieferung, §§ 186 - 240, 12. Aufl., Berlin 1975
- Böhm, Franz Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933
- Bock, Hans-Dieter Die Grenzen der Superlativreklame im deutschen, schweizerischen, französischen und anglo-amerikanischen Recht, Köln 1963
- Burmann, H. F. Werberecht der Wirtschaft, 2. Ausgabe, 2. Band, Berlin 1970

- Burmann, H. F. Marktbezogene Unlauterkeit als eigenständiger Tatbestand, WRP 1967, S. 385 - 389
 Wettbewerbliche Probleme bei unvollständigen Werbeangaben, Betrieb 1967, S. 1358/1359
 Was darf man in der Werbung sagen? Gütersloh und Berlin 1970
 Wettbewerb als sinnvariabler Rechts- und Wirtschaftsbegriff, WRP 1967, S. 240 - 248
 Strukturwandel des Werbe- und Wettbewerbsrechts, WRP 1967, S. 71 - 76
- Bühning, Dietrich Der Einsatz von Laien als Werber unter Gewährung einer Werbeprämie, WRP 1959, S. 13 - 18 (Fortsetzung aus Heft 12, 1958, S. 369 ff)
- Busmann-Droste Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts, Essen 1951
- Busmann-Pietzcker-Kleine Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3. Aufl., Berlin 1962
- Callmann, Rudolf Der unlautere Wettbewerb, Mannheim, Berlin, Leipzig 1929 und 2. Aufl., Mannheim 1932
- Cyrus, Joachim Die Grenzen der Zulässigkeit einer Alleinstellungswerbung, GRUR 1961, S. 11 - 23
- Danzmann Die vergleichende Werbung, MUW 1935, S. 303 - 305
- Diess Persönliche vergleichende Reklame, GRUR 1936, S. 145 - 152
- Döll, Hermann Die Berücksichtigung der Nachahmungsgefahr bei Wettbewerbsverstößen, BB 1965, S. 173 - 177
- Dreher, Eduard Kommentar zum Strafgesetzbuch, 37. Aufl., München 1977

- Droste Anm. zum Urt. des BGH vom 21.11.1958, GRUR 1959, S. 247 (248)
Anm. zum Urt. des BGH vom 19.10.1966, GRUR 1967, S. 142
- Droste, Helmut Abwehr im Wettbewerb, WuW 1954, S. 507 - 519
Ausnahmsweise erlaubte bezugnehmende Werbung, Hamburg, Diss. vom 27.8.1948
Das Verbot der bezugnehmenden Werbung und die Ausnahmefälle, GRUR 1951, S. 140 - 146
- Droste, Karl Die Umfrage als notwendige Erkenntnisquelle unlauteren Wettbewerbs, WRP 1966, S. 323 - 330
Die Generalklausel des § 1 UWG und das Richterrecht, Betrieb 1963 S. 719 - 725
- Eichmann, Helmut Die vergleichende Werbung in Theorie und Praxis, Köln, Berlin, Bonn, München 1967
- Eltzbacher, Paul Das Anwendungsgebiet der Notwehr, DJZ 1905, Textspalten 239 - 244
- Emmerich, Volker Wettbewerbsrecht, Schriftreihe der Juristischen Schulung, Heft 27, 2. Aufl., München 1976
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959, 2. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1960
- Erdiek, Gerhard Wahrnehmung berechtigter Interessen ein Rechtfertigungsgrund?, JZ 1969, S. 311 - 316
- Erichsen, Harald Die Rechtsgrundlage des Einwandes der Abwehr im Wettbewerb und die Grenzen seiner Anwendbarkeit, Diss. Hamburg 1957.
Die Rechtsgrundlage des Einwandes der Abwehr im Wettbewerb und die Grenzen seiner Anwendbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung, GRUR 1958, S. 425 - 433

- Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, München und Berlin 1958
Neuere Entwicklung der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung § 1 GWB, WuW 1961, S. 788 - 801
- Freiberger, Hanns Der Wahrhaftigkeitsgrundsatz und die Pflicht zur Wahrhaftigkeit im Wettbewerbsrecht, Frankfurter Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Nr. 8, Frankfurt/Main 1938
- Fritze, Ulrich Der Einwand des Selbstwiderspruchs, insbesondere iSd "unclean hands" und das Allgemeininteresse im Wettbewerbsrecht, WRP 1966, S. 158 - 161
Wahre geschäftsschädigende Äußerungen im Wettbewerb, WRP 1969, S. 100/101
- Froehlich, Wolfgang in Pehle, Strümpel; Richterliche Rechtsfortbildung, aus der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 87/88, Karlsruhe 1969
- Gabriel, S. L. Direktverkauf und Beziehungshandel unter wirtschaftspolitischen Aspekt, WuW 1956, S. 713 - 721
- Gamm, Otto-Friedrich
Frhr. v. Wettbewerbsrecht, Köln, Berlin, München 1964
- Gaul-Bartenbach Handbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Köln 1969
- Gierke, Otto v. Deutsches Privatrecht, Band 1, Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895
- Godin, Hans, Frhr. v. Über den Verstoß gegen die wettbewerbsrechtlichen guten Sitten, GRUR 1966, S. 127 - 132
Wettbewerbsrecht, Kommentar zum UWG nebst Warenzeichenverletzungen, Zugabeverordnung und Rabattgesetz, 2. Aufl., Berlin 1974
- Hain, Werner Verkäufe unter Einstandspreis und Vernichtungswettbewerb, MA, Bd. 40, 1978, S. 72 - 73

- Harder, Hermann-L., v. Zum Unwerturteil der Werbungsübersteigerung, GRUR 1962, S. 439 - 444
- Harmsen, Peter Die neuere Rechtsprechung des BGH zur vergleichenden Werbung, GRUR 1971, S. 239 - 242
- Heck, Philipp Das Problem der Rechtsgewinnung
Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz
Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz
Redigiert von Roland Dubischar, Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, Band 2, Bad Homburg v.H. 1968
- Hefermehl, Wolfgang Anm. zum Urte. des BGH vom 8.3.1962, GRUR 1962, S. 428/429
- Hönn, Günther Wettbewerbsregeln und die Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs, GRUR 1977, S. 141 - 147
- Hoffmann, Willy Der Einzelne und die Allgemeinheit im Urheberrecht und im gewerblichen Rechtsschutz, JW 1936, S. 153 - 158
- Hofmann, Horst-Herbert Telefonwerbung: nicht nur lästig, sondern unlauter, WRP 1970, S. 8/9
- Hubmann, Heinrich Das Persönlichkeitsrecht, Münster, Köln 1953
Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl., München 1974
Naturrecht und Rechtsgefühl, AcP 153, S. 297 - 331
- Isay, Hermann Das Rechtsgut des Wettbewerbsrechts, Berlin, Frankfurt 1933
- Isay, Rudolf Der Vernichtungszweck im Wettbewerb, GRUR 1929, S. 1368 - 1380
- Jagdberger, Raimund Die Grenzen der wirtschaftlichen Werbung, Stuttgart 1967
- Jäger, Hartwig Das gemeine Wohl als Rechtsgut des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Diss., Heidelberg 1935

- Joetze, Günter Die sogenannte "Superlativrekla-
me" in der Dogmatik des Werberechts,
Berlin 1962
- Jungbäck, Manfred Die vergleichende Werbung als Problem
der Wettbewerbsordnung, Bad Homburg
v.H., Berlin, Zürich 1970
- Knöpfle, Robert Der Rechtsbegriff "Wettbewerb" und
die Realität des Wirtschaftslebens,
Kartell-Rundschau, Heft 7, Köln,
Berlin, Bonn, München 1966
- Knopp, Werner Anm. zum Urt. des BGH vom 3.4.1970,
GRUR 1970, S. 424/425
Anm. zum Urt. des BGH vom 9.11.1971,
GRUR 1972, S. 439 - 440
- Koehne Die Zulässigkeit von Abwehrmaßnah-
men im Wettbewerbskampf, MuW 1932,
S. 66 - 70
- Kohler, Josef Der unlautere Wettbewerb, Berlin
und Leipzig 1914
- Kohlrausch-Lange Kommentar zum Strafgesetzbuch,
43. Aufl., Berlin 1961
- Kraft, Alfons Interessenabwägung und gute Sitten
im Wettbewerbsrecht, München und
Berlin 1963
- Krieger, Ulrich Anm. zum Urt. des BGH vom 30.11.1966,
GRUR 1967, S. 313/314
Anm. zum Urt. des BGH vom 7.6.1967,
GRUR 1968, S. 386/387
- Kukat, Klaus Die Bedeutung des Verbots der ver-
gleichenden Werbung und seiner Aus-
nahmetatbestände für die Arzneimittel-
industrie, BB 1973, S. 733/734
- Kummer, Max Anwendungsbereich und Schutzgut der
privatrechtlichen Rechtssätze gegen
unlauteren und gegen freiheitsbe-
schränkenden Wettbewerb, Bern 1960
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New
York 1969

- Lehmann, Michael Kostenlose Anzeigenblätter und unerlaubter Wettbewerb, GRUR 1977, S. 21 - 29
- Lehmann-Hübner Allgemeiner Teil des BGB, 15. Aufl., Berlin 1966
- Leipziger Kommentar Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Berlin 1974
- Lobe, Adolf Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, I. Band, Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen, Leipzig 1907
III. Band, Materialien des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27.5.1896, Leipzig 1907
- Meydam, Jan Sozialrechtliche Tatbestände und Wettbewerbsrecht, GRUR 1970, S. 399 - 405
- Meyer-Cording, Ulrich Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, S. 461 - 477
- Mezger-Blei Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, 15. Aufl., München 1973
- Müller-Armack, A. Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, Freiburg i.B. 1966
- Nastelski, Karl Aus der jüngsten Rechtsprechung des BGH in Wettbewerbs- und Warenzeichen-sachen, MA 1965, S. 326 - 341
Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbsrecht, GRUR 1969, S. 322 - 326
- Nerretter, Paul Allgemeine Grundlagen eines deutschen Wettbewerbsrechtes, Berlin W 9 1936
- Nipperdey, H. C. Wettbewerb und Existenzvernichtung, KartR 1930, S. 127 - 152
- Nolting-Hauff, Wilhelm Persönliche Reklame, GRUR 1931, S. 342 - 347
- Nordemann, Wilhelm Wettbewerbsrecht: Grundriß für Studium und Praxis, Schriftenreihe Recht und Praxis, Bd. 4, 2. Aufl., Bonn 1978
- Osterrieth, A. Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, Leipzig 1908

Palandt	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 36. Aufl., München 1977
Paul, Willy	Lockvogel-Werbung und moralischer Kaufzwang, WRP 1968, S. 170
Pehle, Rudolf	Aus der neuesten Rechtsprechung des BGH in Wettbewerbs- und Warenzeichensachen, MA 1968, S. 246 - 256
Prölis, Jürgen	Der Einwand der "unclean hands" im bürgerlichen Recht sowie im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, ZHR 132, S. 35 - 85
Raiser, Ludwig	Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961, S. 465 - 473
Reimer, Dietrich	Persönliche und vergleichende Werbung in der deutschen und französischen Rechtsprechung, München, Köln, Berlin 1955
Reimer, Eduard	Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl., Köln-Berlin 1954 4. Aufl., 2. Band, Wettbewerbsrecht, von v. Gamm, Köln, Berlin, Bonn, München 1972 4. Aufl., 3. Band, Das wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht, von Wilhelm L. Pastor, Köln, Berlin, Bonn, München 1971
Rosenthal, Alfred	Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes, 8. Aufl., Berlin 1930
Rosenthal-Leffmann	Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, 9. Aufl., Berlin und Frankfurt 1969
Rudloff-Blochwitz	Das Recht des Wettbewerbs, Berlin 1938

Sack, Rolf	Sittenwidrigkeit, Sozialwidrigkeit und Interessenabwägung, GRUR 1970, S. 493 - 503
Samwer, Sigmar-Jürgen	Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrecht, GRUR 1969, S. 326 - 331
Schaffstein, Friedrich	Notwehr und Güterabwägungsprinzip, MDR 1952, S. 132 - 136
Schippel, Helmut	Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, München, Köln, Berlin 1956
Schmidt, Johann Günther	Die vergleichende Reklame, Diss., Winterthur 1955
Schönke-Schröder	Kommentar zum Strafgesetzbuch, 19. Aufl., München 1978
Schramm, Carl	Anm. zum Urte. des BGH vom 14.11.1958, GRUR 1959, S. 146, Ziff. 4 Anm. zum Urte. des BGH vom 3.11.1959, GRUR 1960, S. 197
Schricker, Gerhard	Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, München 1970 Unlauterer Wettbewerb durch Verletzung straf- und verwaltungsrechtlicher Vorschriften, Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich 1970 Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR Ausl. 1970, S. 32 - 44
Schürholz, Hans-Joachim	Ober die Zulässigkeit des Boykotts im Wettbewerb, Diss., Münster 1953
Schwartz, Gustav	Verfolgung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRUR 1967, S. 333 - 350
Sekler, Hans-Dietrich	Systematik der Abwehr im Wettbewerbsrecht, Diss., Tübingen 1939
Seubert, Richard	Die zulässige vergleichende Werbung, BB 1960, S. 965 - 968
Soergel-Siebert	Kommentar zum BGB, Band 1, 10. neu bearbeitete Aufl., Stuttgart 1967

- Spengler, Albrecht Boykott-Probleme WuW 1953, S. 193 - 208
 Das Postulat der Sachlichkeit im Wettbewerb, WuW 1956, S. 721 - 724
- Spengler-Weber Wettbewerb, Recht und Schranken
 2. Aufl., Stuttgart 1972
- Staudinger Kommentar zum BGB, I. Band, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240 (Coing),
 11. Aufl., Berlin 1957
- Storch Anm. zum Urt. des BGH vom 2.7.1971
 GRUR 1971, S. 585
- Stratenwerth, Günther Prinzipien der Rechtfertigung,
 GA 1956, S. 41 - 70
- Tetzner, Heinrich Kommentar zum UWG. 2. Aufl., Köln
 1957
 Der verbraucherorientierte öffentliche Warentest, NJW 1965, S. 725 - 730
 Vergleichende Werbung, JZ 1962,
 S. 275 - 277
- Ulmer, Eugen Wandlungen und Aufgaben im Wettbewerbsrecht, GRUR 1937, S. 769 - 773
- Ulmer, Peter Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, S. 565 - 580
- Ulmer-Reimer Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EWG, Band III, Deutschland, von D. Reimer, München, Köln 1968
- Vogt, Alfons Erlaubtes und Unerlaubtes in der Werbung, München 1966
- Wehner Wettbewerb und Wirtschaftsordnung, Berlin 1936
- Weick, Günter Der Boykott zur Verfolgung nicht-wirtschaftlicher Interessen, Frankfurt/Main 1971
- Wenzel, Karl Egbert Kritische Werbevergleiche im Blick der neueren Rechtsentwicklung, GRUR 1969, S. 522 - 530

Werneburg	Wettbewerbsrechtliche Grenzen vergleichender Werbung von Werbeschriften, ZAKDR 1938, S. 346/347
Werner, Olaf	Zulässigkeit und Grenzen der objektiv vergleichenden Werbung, Diss., Köln 1967
Westermann, Harry	Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 11, Karlsruhe 1954
Würdinger, Hans	Schenkung als Werbemaßnahme, WuW 1955, S. 71 - 79

Zur Zitierweise:

Ist nur ein Werk eines Verfassers zitiert, so wird dieses allein mit dem Verfassernamen bezeichnet. Sind mehrere Werke desselben Verfassers zitiert, so werden die Titel kennzeichnende Stichworte hinzugefügt.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
allg.T.	allgemeiner Teil
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BB	Der Betriebsberater
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGB-RGRK	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BA	Bundeskartellamt
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Betrieb	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DW	Der Wettbewerb
Einl.	Einleitung
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und interna- tionaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hlbb.	Halbband
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JW	Juristische Wochenschrift
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KartR	Kartell-Rundschau

LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindemaier und Möhring
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
MA	Der Markenartikel
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnote
Tn.	Textnote
Tz.	Textziffer
VersR.	Versicherungsrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZAKDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

1. KAPITEL: PROBLEMSTELLUNG UND ZIELSETZUNG

Der Rechtsschutz des Berechtigten gegen Verletzung und Verletzungsgefahr wird in unserem Rechtssystem durch den Staat und in Ausnahmefällen durch Selbstschutzhandlungen des in seinen Rechten Betroffenen gewährleistet; im Gegensatz zu zahlreichen anderen Rechtsgebieten ist der Selbstschutz im Wettbewerbsrecht jedoch gesetzlich nicht formuliert. Ein Verhalten, das einer unzulässigen Beeinträchtigung der wettbewerbsrechtlichen Rechtsstellung begegnen soll, ist darum an den allgemeinen Vorschriften des Wettbewerbsrechts zu messen und findet unter dem Begriff des *Abwehreinwandes* seine gewohnheitsrechtliche Anerkennung¹⁾. Mit Hilfe dieses Einwandes beruft sich der Beklagte im Wettbewerbsprozeß häufig darauf, daß sein an sich unzulässiges wettbewerbsliches Verhalten ausnahmsweise wettbewerbsgemäß gewesen sei, weil es die wettbewerbswidrige Handlung eines Angreifers abwehren sollte²⁾. Wichtigstes Kriterium einer Abwehrhandlung ist damit das Vorliegen eines gegnerischen Angriffes. Nicht jeder Angriff eines Mitbewerbers beinhaltet jedoch das auslösende Moment für eine Handlung, die als Abwehr im Sinne der hier zu untersuchenden Problematik zu klassifizieren ist. Erst mit der näheren Präzisierung der Begriffe "Angriff" und "Abwehr" gelangen wir zu der Konfliktsituation, die Gegenstand dieser Untersuchung ist.

Das gegenwärtige - in jüngster Zeit viel diskutierte - Wirtschaftssystem der "Sozialen Marktwirtschaft" in der Bundesrepublik Deutschland, dessen augenfälliger Erfolgsbilanz bislang keine verbessernde Alternative gegenübersteht, basiert auf einem freiheitlichen Konkurrenzverhältnis aller Wettbewerbsbeteiligten und wird bestimmt durch die Betätigungsfreiheit als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt,

1) Gegen die Bezeichnung "Abwehr" wendet sich Joetze (S. 147), der auch im Wettbewerbsrecht das allgemeine Notwehrrecht angewendet wissen will und auch hier den Begriff "Notwehr" verwendet.

2) Erichsen bezeichnet den Abwehreinwand als den "Standardeinwand" des Wettbewerbsrechts; vgl. GRUR 1958, S. 425.

wobei der Wettbewerb den Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage steuert.¹⁾ Wesen und Ziel dieses Wettbewerbs muß ein wirtschaftliches Handeln der Wettbewerber sein, das geeignet ist, im Wirtschaftskampf um den Kunden einen Vorteil vor den Mitbewerbern zu erzielen, wobei dieser Vorteil zumeist auf Kosten der Mitbewerber erreicht wird.²⁾ Dem Wettbewerbskampfinmanent sind somit der steile Angriff und eine diesen "abwehrende" Verteidigungshandlung seitens der Mitbewerber im Rahmen der durch das Lauterkeitsgebot des Wettbewerbs gesetzten Grenzen. Bewegen sich diese Handlungen für sich betrachtet im Rahmen der wettbewerbliehen Befugnisse, so wird der lautere Wettbewerb realisiert, und eine Abwehrsituation im Sinne dieser Untersuchung ist nicht gegeben. Das hier zu behandelnde Problem tritt erst auf, wenn sowohl der Angreifer wettbewerbswidrig handelt, als auch die Verteidigungshandlung für sich betrachtet dem Lauterkeitsgebot des Wettbewerbs widerspricht, d.h. gegen die Generalklausel oder die Spezialtatbestände des UWG oder seiner Nebengesetze verstößt. Hier erhebt sich die Frage, ob die Reaktion auf einen unlauteren Angriff mit "an sich" unlauteren Mitteln geführt werden darf, und wenn ja, welche Grenzen einer solchen Verteidigung gesetzt sind. Es gilt somit, den in unserem Rechtssystem verankerten Gedanken der Unrechtskompensation, der besagt, daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht, die Verteidigung jedoch ebenfalls nicht zur Verletzung der Rechtsordnung führen darf, für das Wettbewerbsrecht zu konkretisieren.

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 70 zu Allg.

2) Gesetzlich ist der Begriff des wirtschaftlichen Wettbewerbs nicht definiert. Vgl. die unterschiedlichen im Schrifttum vertretenen Begriffsbestimmungen u. a. bei Baumbach-Hefermehl (Rn. 5 und 6 zu Allg. und Rn. 185 ff zu Einl. UWG), Meyer-Cording (S. 462) und Fikentscher (WuW 1961, S. 788 (798)); nach der Rechtsprechung setzt ein "Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs" in objektiver Beziehung ein Handeln voraus, "das äußerlich geeignet ist, Wettbewerbszwecken in der Weise zu dienen, daß dadurch der Absatz einer Person zuungunsten desjenigen einer anderen Person gefördert werden soll" und in subjektiver Hinsicht, eine auf die Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs gerichtete Absicht; vgl. BGH vom 26.2.1960 in GRUR 1960, S. 384 (386); BGH vom 21.12.1966 in BB 1967, S. 92; vgl. auch Burmann (Marktbezogene Unlauterkeit), S. 386.

Prozessual gesehen beinhaltet der Einwand der Abwehr das Bestreiten eines dem Wettbewerber zur Last gelegten wettbewerblich unzulässigen Handelns und stellt, da gegen das Bestehen des Klageanspruches gerichtet, eine materielle Einwendung im Wettbewerbsprozeß dar, die der Richter von Amts wegen zu prüfen hat.¹⁾ Die Gerichte begegnen dem beliebten Verteidigungsmittel des Abwehreinwandes in der Regel mit Skepsis;²⁾ diese beruht nicht nur auf der Schwierigkeit, bei längeren Konkurrenzkämpfen zu bestimmen, wer Angreifer und wer Abwehrender ist, sondern primär auf der praktischen Erfahrung, daß dieser Einwand zumeist entweder nur als "untauglicher Ausfluchtversuch"³⁾ zu werten ist, oder die Grenzen einer erlaubten Abwehr überschritten wurden. Dieses findet seine Ursache einerseits darin, daß häufig eigene Angriffsmaßnahmen getarnt werden sollen - denn jeder behauptet gern, der Angegriffene zu sein -, andererseits besteht unter den Wettbewerbern Unsicherheit darüber, wie die Grenzen einer erforderlichen Abwehr zu bestimmen sind. Diese Unsicherheit erklärt sich zunächst daraus, daß der Gesetzgeber dem Betroffenen keine spezielle Regelung an die Hand gab, aufgrund derer sich die Voraussetzungen der Abwehr bestimmen lassen, vielmehr hat auch die Beurteilung der komplexen Abwehrmöglichkeiten nach der Kasuistik des Richterrechts zu § 1 UWG zu erfolgen. Der Rechtsprechung ist es aber bis heute trotz zahlreicher Stellungnahmen nicht zufriedenstellend gelungen, klare praktikable Leitlinien aufzustellen. Erschwerend kommt hinzu, daß die soziale Marktwirtschaft mit ihrer geänderten Wirtschaftssituation gesteigerte Anforderungen an den Gebrauch der vermehrten Wettbewerbsfreiheit stellt⁴⁾, denen sich die Wettbewerbsbeteiligten bei der Grenzziehung zwischen der eigenen Wettbewerbsfreiheit zu der des Konkurrenten in der

1) Vgl.: Rudloff-Blochwitz, S. 105; Reimer, E., S. 867

2) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 375

3) Vgl.: Reimer, E., S. 868

4) Vgl.: Arras, S. 1911

Regel nur bedingt gewachsen zeigen.¹⁾

Ziel dieser Untersuchung muß dementsprechend sein, einerseits die Voraussetzungen berechtigter Abwehr zu ermitteln, sowie eine praktikable Grenzbestimmung "noch" erlaubten Abwehrverhaltens zu finden und zum anderen den Begriff der wettbewerblichen Abwehr rechtssystematisch einzuordnen. Dabei soll versucht werden, eine Darstellung zu geben, die auch der wettbewerblichen Praxis Anregungen vermitteln kann und eventuell dazu beiträgt, Unsicherheiten zu beseitigen, die die Gefahr in sich bergen, ein den laufenden Wettbewerb gefährdendes Faustrecht entstehen zu lassen. Eine solchermaßen vermehrte Sicherheit im deutschen Wettbewerbsleben wäre darüber hinaus im Hinblick auf den zunehmenden grenzüberschreitenden Wettbewerb der unausweichlichen Harmonisierung der Wettbewerbsrechte der EG insofern förderlich, als sie eine supranationale Regelung der Problematik, die Gegenstand dieser Untersuchung ist, erleichtern würde.

2. KAPITEL: BEDEUTUNG DER SCHUTZGUTSFRAGE DES WETTBEWERBSRECHTS FÜR DEN ABWEHREINWAND

Der Begriff des Abwehreinwandes ist anhand seiner Stellung im allgemeinen Rechtssystem und im Wettbewerbsrecht zu erläutern; dies bedingt insbesondere die Klärung seiner Rechtsgrundlagen. Neben der Bestimmung der Rechtssätze, die zur Beurteilung einer Abwehrhandlung heranzuziehen sind, ist vorrangig festzustellen, welche Rechtspositionen mittels einer Abwehrmaßnahme verteidigt werden,

1) Auf das Problem der durch die Wettbewerbsfreiheit des Konkurrenten beschränkten Wettbewerbsfreiheit hat schon Lobe hingewiesen (S. 222/223): "Das Ausschlußrecht des einen reicht immer nur so weit, als das Ausschlußrecht des anderen und findet an diesem seine Grenze. Diesen Konflikt schuf das Recht selbst, indem es die gewerbliche Tätigkeit jedem freigab und den Wettbewerb zuließ."

da sich die Voraussetzungen und Grenzen zulässiger Abwehr insbesondere an den Rechtsstellungen der Wettbewerbsbeteiligten orientieren müssen.¹⁾ Diese Fragestellung betrifft den Schutzgegenstand des Wettbewerbs und zielt auf die Bestimmung der Wettbewerbssphäre, die dem einzelnen Wettbewerber eingeräumt wird. Voraussetzung der so angelegten Untersuchung ist jedoch die Beantwortung der Frage, ob Abwehrmaßnahmen als wettbewerbliche Handlungen zu klassifizieren sind, denn nur in diesem Falle können sie aus der Sicht des Wettbewerbsrechts beurteilt werden.²⁾

I. Abwehrhandlungen sind Wettbewerbshandlungen

Wettbewerbliche Maßnahmen erfordern ein "Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs".³⁾ Dieses bedingt ein Handeln, das bestimmt und äußerlich geeignet ist, Wettbewerbszwecken in der Weise zu dienen, daß dadurch eigener oder fremder Wettbewerb gefördert wird.⁴⁾ Ein wettbewerbliches Handeln verlangt jedoch nach ständiger Rechtsprechung⁵⁾ nicht, daß die Absicht, wettbewerblich zu handeln, die einzige oder wesentliche Zielsetzung ist; sie darf nur

1) Anders Erichsen, der die wettbewerbliche Abwehr allgemein und nicht nur aus dem Blickpunkt eines bestimmten Rechtsgutes zu lösen versucht; vgl. Erichsen (GRUR 1958), S. 425.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 185 zu Einl. UWG; "Der Beurteilung, ob ein Verhalten lauter oder unlauter ist, ist stets die Frage logisch vorgeordnet, ob überhaupt ein wettbewerblicher Tatbestand gegeben ist."

3) Dies Erfordernis enthalten die §§ 1, 3, 6b, 12, 14, 17, 18 und 20 UWG.

4) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 186 zu Einl. UWG; Ulmer-Reimer, S. 47/48 und die in Fußnote Nr. 2 auf S. 2 angegebenen Fundstellen. Dagegen ein Teil des Schrifttums, der nur den objektiven Tatbestand wettbewerblichen Verhaltens, nicht aber die Wettbewerbsabsicht für erforderlich hält; vgl.: Reimer, E., S. 513, Rn. 5 und Kraft, S. 189 ff (192).

5) Vgl.: BGH vom 12.10.1956 in GRUR 1957, S. 93 (94); RG vom 28.2.1905 in RGZ 60, S. 189 (190).

gegenüber dem sonstigen Zweck des Handelns nicht ganz in den Hintergrund treten.

Bei der Abwehr unlauterer Wettbewerbshandlungen wird in der Regel auch der Zweck verfolgt, den Verlust eigenen Absatzes oder eigener Marktpositionen zu verhindern und beinhaltet daher zumeist die Absicht, durch Verhinderung von Geschäftsschädigungen den eigenen Wettbewerb zu fördern.¹⁾ Nur in wenigen Fällen wird ein Handeln, das objektiv geeignet ist, den Wettbewerb zu fördern, allein außerwettbewerblich motiviert sein; dieses trifft auf die Fälle zu, in denen das Handeln nur zum Schutze der Allgemeinheit.²⁾ Grundsätzlich ist aber für Handlungen im Wettbewerb stehender Gewerbetreibender das Vorliegen einer Wettbewerbsabsicht zu vermuten, wenn die getroffenen Maßnahmen objektiv geeignet sind, wettbewerbsfördernd zu wirken.³⁾ Ob bei der Abwehr eines gegnerischen Angriffs eine Wettbewerbsabsicht gegeben ist, ist jedoch Tatfrage und unterliegt der freien Würdigung des Tatrichters.⁴⁾ Kann die Wettbewerbsabsicht im Einzelfall bejaht werden, ist davon auszugehen, daß die Abwehr wettbewerbswidriger Angriffe die Verfolgung von Wettbewerbszwecken beinhaltet.

1) Vgl.: Becher, Anm. 19 zu § 1 UWG (S. 23); RG vom 10.1.1936 in GRUR 1936, S. 982 (984); BGH vom 12.10.1956 in GRUR 1957, S. 93 (94).

2) Vgl.: Ulmer-Reimer, S. 48.

3) Vgl.: Ulmer-Reimer, S. 48/49; BGH vom 21.6.1966 in GRUR 1966, S. 693 (694/695).

4) Vgl.: Baumbach-Helfermehl, Rn. 201 zu Einl. UWG.

II. Beurteilung der Abwehrhandlungen aufgrund der Generalklausel des § 1 UWG

Trotz des Ergebnisses, daß Abwehrmaßnahmen grundsätzlich Wettbewerbshandlungen darstellen, kann bei der Frage, ob eine bestimmte Abwehrhandlung zulässig ist, nicht von dem grundsätzlichen Erlaubtsein einer solchen Handlung ausgegangen werden, wie dies infolge der Wettbewerbsfreiheit für die Zulässigkeit von allgemeinen Wettbewerbshandlungen gilt, sofern sie nicht durch Spezialvorschriften verboten sind;¹⁾ dies kann nur für die "abwehrenden" Wettbewerbshandlungen gelten, die - wie eingangs erörtert²⁾ - isoliert betrachtet den Rahmen der wettbewerblichen Befugnisse nicht überschreiten. Es handelt sich bei der Abwehr gerade um Verhaltensweisen, die ohne den Abwehrzweck wettbewerbswidrig wären. Aus diesem Grunde bedingt die Beurteilung der Zulässigkeit einer Abwehrmaßnahme die jeweilige Prüfung, ob eine zur Abwehr berechtigende Situation vorliegt und, wenn dies bejaht wird, ob trotz des Abwehrzwecks ein Verstoß gegen die Regeln des Wettbewerbs, insbesondere gegen die Generalklausel des § 1 UWG festgestellt werden kann. Um diese Prüfung durchführen zu können, ist es notwendig, auf einige Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts einzugehen.

1. Die Bedeutung des § 1 UWG als Generalklausel des Wettbewerbsrechts

Das Wettbewerbsrecht wird seit dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb am 1.10.1909 von der Generalklausel des § 1 "beherrscht".³⁾ Mit der Einführung dieser Generalklausel

1) Vgl.: Fikentscher (Wettbewerb), S. 227; Kraft, S. 208; BGH vom 8.4.1952 in GRUR 1952, S. 582 (584).

2) S.o.: S. 2.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 1 zu § 1 UWG.

beseitigte der Gesetzgeber die Nachteile des kasuistisch aufgebauten UWGs von 1896, dessen Schwächen alsbald nach seinem Inkrafttreten zutagegetreten waren, da es ganz auf Einzelfälle abgestimmt war, die sich ohne Schwierigkeiten umgehen ließen.¹⁾ Mit der Generalklausel gab der Gesetzgeber dem deutschen Richter - entsprechend dem französischen Vorbild -²⁾ eine Ermächtigung an die Hand, die ihn befähigt, wettbewerbliche Tatbestände in der Begrenzung des Blankettbegriffs der guten Sitten frei zu beurteilen. Damit wurde die Möglichkeit einer sich der jeweiligen Wirtschaftsepoche anpassenden, stetig weiterentwickelnden Wettbewerbsrechtsprechung eröffnet.³⁾ Laut Reimer hat der Richter "eine weisungsgebende oder sogar eine erzieherische Tätigkeit auszuüben, die aber nicht Willkür sein darf, sondern, über kurz oder lang, mit der Auffassung des in Betracht kommenden Volks- oder Wirtschaftskreises in Einklang zu bringen ist."⁴⁾ Das Vertrauen des Gesetzgebers in eine solche "richterliche Rechtsfortbildung" insbesondere im Hinblick auf die Rechtssicherheit stellt hohe Anforderungen an die Erkenntnis von Wirtschaftsvorgängen seitens der Richterschaft.⁵⁾ Rückschauend läßt sich feststellen, daß sie diesem Vertrauen grundsätzlich gerecht wurde, denn Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ließen die Generalklausel - trotz nicht auszuschließender zeitweiliger Fehlentwicklungen - zu einem anerkannten Instrument der auch

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 14 zu Einl. UWG.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 3 zu Einl. UWG unter Hinweis auf die Vorschrift des Art. 1382 CC, einer "Blankettnorm von ähnlicher Allgemeinheit wie § 1 UWG oder § 826 BGB." Auf diese Parallele nahm auch der Regierungssprecher bei der Begründung des UWGs Bezug: "Wir geben dem deutschen Richter eine bedeutende Gewalt in die Hand, hoffen aber, daß nunmehr unsere Rechtsprechung noch mehr als bisher die Freiheit in der Beurteilung von Tatbeständen gewinnt, die die französische Rechtsprechung befähigt hat, den unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen, ohne sich auf Deliktsbestimmungen zu stützen." Vgl. das Zitat bei Droste, K., (Generalklausel), S. 722.

3) Vgl.: Jagdberger, S. 31; Harmsen, S. 240.

4) Vgl.: Reimer, E., S. 503, Rn. 5.

5) Vgl.: Droste, K., (Umfrage), S. 325.

im Ausland Beachtung findenden wettbewerblichen Rechtsprechung werden.¹⁾ Dieser positiven Beurteilung steht auch nicht entgegen, daß der heutigen Rechtsprechung die Anpassung an die schnelle Wirtschaftsentwicklung der freien Marktwirtschaft noch nicht vollends gelang, da dies nicht der Standardklausel des UWG anzulasten ist. Die bereits marktbestimmenden Wettbewerbsentwicklungen zeitlich nachfolgende Rechtsprechung ist einer an Rechtssicherheit orientierten richterlichen Rechtsfortbildung zwar immanent, doch mangelte es der Jurisdiktion des öfteren an sachlicher Information über veränderte Wirtschaftserscheinungen. Die Wettbewerbsrechtsprechung ließ daher teilweise das Einfühlungsvermögen in wirtschaftliche Entwicklungen, das unbedingte Voraussetzung für eine zeitgemäße Ausfüllung der Generalklausel ist, vermissen.²⁾

a) Die Konkretisierung der Wettbewerbsverstöße in Form einzelner Tatbestände

Die Generalklausel des § 1 UWG bietet den Bewertungsmaßstab für die Abgrenzung des lautereren vom unlauteren Wettbewerb. Hatte der Gesetzgeber mit der Voranstellung des § 1 UWG von einer umfassenden Aufspaltung des Gesetzes in normierte Sondertatbestände abgesehen, so ergab sich für Rechtswissenschaft und Rechtsprechung die Notwendigkeit, neben den im UWG normierten Einzelvorschriften aufgrund der Generalklausel Richtlinien für die Lösung der sich ständig ändernden wettbewerblichen Konfliktsfälle zu schaffen.³⁾

1) Vgl.: Burmann (Werberecht), Ziff. 100, IV S. 1; Bericht des Bundesministers der Justiz vom 25.3.1963, S. 195.

2) Auf diesen Mißstand weist auch Droste hin: "Auch jetzt wird von den Gerichten kaum versucht, sich zu einer für eine Entscheidung maßgebenden Wirtschaftserscheinung durch eine direkte Befragung über die Ansicht der Wirtschaft zu unterrichten." Vgl.: Droste, K. (Generalklausel), S. 723.

3) Vgl.: Burmann (Werberecht), Ziff. 150, IV, S. 1; Baumbach-Hefermehl, Rn. 130/131 zu Einl. UWG.

Um Zufallsergebnisse auszuschalten und ein die Ordnung des Wettbewerbs sicherndes System zu gewinnen, wurde seitens der Rechtswissenschaft vielfach der Versuch unternommen, die Blankettvorschrift des § 1 UWG mit Hilfe einer Systematik der Wettbewerbsverstöße aufzugliedern.¹⁾ Es kann an dieser Stelle dahinstehen, welchem Systematisierungsvorschlag zu folgen ist, und ob überhaupt eine der wettbewerblichen Komplexität erschöpfend gerecht werdende Systematik möglich ist; festzustellen ist jedoch, daß das Wettbewerbsrecht und insbesondere die wettbewerbliche Praxis durch die Aufgliederung der Standardklausel praktikable Richtlinien erhalten hat.

b) Die Bedeutung der Systematisierung der Wettbewerbsverstöße für das Problem der Abwehr

Schon aus der eingangs gewonnenen Klarstellung, daß Abwehrhandlungen, denen eine Wettbewerbsabsicht zugrunde liegt, wettbewerbliches Handeln beinhalten, wird deutlich, daß die Abwehr von der Vielgestaltigkeit der wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten bestimmt wird. Da das Institut der Abwehr gesetzlich nicht normiert wurde, bietet sich die Systematisierung der Wettbewerbsverstöße auch für die Aufgliederung der Abwehrmöglichkeiten an. Damit gewinnt die Systematik der Generalklausel grundsätzliche Bedeutung für diese Untersuchung. Mit Hilfe dieser Aufgliederung ergibt sich aber nicht nur die Möglichkeit einer Systematik der Abwehrhandlungen, darüber hinaus zeigt sich vielmehr der Weg, den Kreis der zur Abwehr grundsätzlich tauglichen Wettbewerbshandlungen durch Ausscheidung einiger "Abwehrtatbestände" enger zu ziehen. Die - später noch zu entwickelnden - Grundsätze, nach denen untaugliche "Abwehrtatbestände" zu ermitteln sind, werden den

1) Vgl.: Burmann (Werberecht), Ziff. 150, IV, S. 1 ff; Baumbach-Hefermehl, Rn. 132 ff zu Einl. UWG und die dort wiedergegebenen Vorschläge des Schrifttums.

Ausgangspunkt der Grenzbestimmung wettbewerblicher Abwehr darstellen.

2. Der Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts

Um zu erkennen, inwieweit Abwehrmaßnahmen als zulässig beurteilt werden können, bedarf es des weiteren der Klärung, ob das Wettbewerbsrecht den Wettbewerbsbeteiligten überhaupt Rechte oder schutzwürdige Interessen einräumt, die es im Falle unlauterer Angriffe zu verteidigen gilt.¹⁾ Auch die einem unlauteren Wettbewerbsangriff folgende Abwehrreaktion wirft die Frage auf, ob und inwieweit die Abwehrmaßnahme in etwaig bestehende und geschützte wettbewerbliche Rechtspositionen des Angreifers einwirken darf. Damit wird deutlich, daß die Beurteilung der Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung bzw. Abwehrhandlung abhängig ist von der Beantwortung der Frage nach dem Schutzgegenstand des Wettbewerbs, dem beliebtesten Streitobjekt dieses Rechtssystems.²⁾

Der lebhafte Theorienstreit über das Schutzobjekt des Wettbewerbsrechts, insbesondere die Suche nach einem subjektiven absoluten Recht, weist jedoch nach unserer Ansicht - dies sei hier vorweggenommen - keinen gangbaren Weg zur Feststellung, ob eine Handlung wettbewerbsgemäß ist oder nicht. Selbst wenn sich ein absolutes Recht als Schutzgut des Wettbewerbs hinsichtlich seines Inhalts bestimmen ließe, verbliebe die Schwierigkeit der Prüfung, wo die Grenzen dieses Rechtes liegen. Mit Recht stellt Kraft³⁾ fest, daß diese Grenzprüfung nur anhand einer "eingehenden Bewertung und Abwägung der beteiligten Interessen möglich ist". Die

1) Daß unsere Rechtsordnung neben absoluten Rechten ebenfalls bereits rechtlich anerkannte "schutzwürdige Interessen" unter ihren Schutz stellt, bedarf hier keiner weiteren Erörterung. Vgl. dazu: H. Lehmann (Allg. T.), S. 81; Johannsen in BGB-RGRK, Rn. 17 zu § 227.

2) Vgl.: Jungbäck, S. 40.

3) Vgl.: Kraft, S. 175.

Festlegung des vor wettbewerbswidrigen Handlungen zu schützenden Bereiches - mit der Möglichkeit, die Frage, "wen" bzw. "was" das Wettbewerbsrecht schützt, und die weitere davon abhängige Frage der Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung, insbesondere einer Abwehrhandlung, beantworten zu können - erfordert demzufolge aus unserer Sicht die Ermittlung der im Wettbewerb geschützten Interessen. Dieser für die Untersuchung wichtige Ansatz verlangt eine vertiefende Begründung, deren Ausgangspunkt die Beleuchtung der zum Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts vertretenen Ansichten ist.

a) Die Entwicklung der Rechtsgutstheorien

Die Bestimmungsversuche des wettbewerbsrechtlichen Schutzgegenstandes beinhalten die Frage nach dem Ziel und Zweck der das Wettbewerbsrecht beherrschenden Ordnungsprinzipien¹⁾, mit Hilfe derer die Funktionsfähigkeit und Lauterkeit des Wettbewerbs gewährleistet werden sollen. Um die Beantwortung dieser Frage wird in Lehre und Rechtsprechung seit Beginn der wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzung bis heute lebhaft gestritten. Die verschiedenen Ansichten erklären sich einerseits aus der Vielgestaltigkeit der Beurteilungsmöglichkeiten aufgrund unterschiedlicher wirtschaftlicher und rechtlicher Blickwinkel,²⁾ andererseits haben die Gegensätze der Begriffs- und Interessenjurisprudenz gerade bei der Frage des wettbewerbsrechtlichen Schutzgutes ihre Spuren hinterlassen.

aa) Das ältere Schrifttum

Vornehmlich das ältere Schrifttum versteht das Wettbewerbsrecht als einen Individualrechtsschutz. Als geschützter Personenkreis

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 40 zu Einl. UWG.

2) Vgl.: Burmann, H. (Werberecht), Ziff. 100, IV, S. 3; Jungbäck, S. 40.

werden nur die Mitbewerber anerkannt; daß das Wettbewerbsrecht auch eine "sozialrechtliche Aufgabe" zu erfüllen hat, mithin den Schutz der Allgemeinheit oder speziell der Verbraucher bezweckt, wird von den individualrechtlichen Auffassungen verneint. So bezeichnet es Baumbach¹⁾ als einen "grundlegenden, nicht auszurottenden Irrtum, daß das deutsche Wettbewerbsrecht auch das Publikum, den Verbraucher schütze".

Seitens der Vertreter der rein individualrechtlichen Auffassung werden hauptsächlich zwei Standpunkte eingenommen. Die einen²⁾ sehen die Persönlichkeit des Gewerbetreibenden in ihrer wirtschaftlichen Betätigung als geschützt an, während für einen anderen Teil³⁾ das von der Person des Wettbewerbers gelöste Unternehmen oder der Gewerbebetrieb geschütztes Rechtsgut sind.

Ausgangspunkt der ersten Meinung ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht, durch das "der Mensch in seinem Sein, seinem Tun und seinem Haben" auch im Wettbewerb geschützt sei.⁴⁾ Diese persönlichkeitsrechtliche Bewertung des Wettbewerbsrechts wurde insbesondere von Lobe⁵⁾ entwickelt, für den neben den in § 823 I BGB beispielhaft aufgezählten Fällen, auch das Recht der gewerblichen Betätigung einer Person als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzuerkennen war. Dieser Ansicht folgte auch Kohler, für den unredliches wettbewerbles Verhalten nicht nur ein Interesse des Gegners, sondern auch dessen Persönlichkeit verletzte.⁶⁾ Grundlage dieser Auffassung ist die Anerkennung eines absoluten, allgemeinen Persönlichkeitsrechtes, das von der Mehrheit der Rechtslehrer und der Rechtsprechung bis zum Inkrafttreten des

1) Vgl.: Baumbach, S. 128 Ziff. V.1.

2) Vgl.: v. Gierke, S. 705 ff (713/714); Osterrieth, S. 408; Kohler, § 5, S. 17; Lobe (I. Band), S. 145.

3) Vgl.: Baumbach, S. 127 Ziff. IV.5; Callmann, S. 26 ff; Isay, H., S. 41.

4) Vgl.: Lobe (I. Band), S. 157.

5) Vgl.: Lobe (I. Band), S. 193.

6) Vgl.: Kohler, S. 18.

Bonner Grundgesetzes abgelehnt wurde.¹⁾ Die Einführung des Grundgesetzes brachte für dieses Problem insofern eine Veränderung der Rechtslage, als Art. 1 GG die Würde des Menschen für unantastbar erklärt, und gem. Art 2 GG jedermann das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit hat, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt oder die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz der Handlungsweise entgegenstehen. Mit diesen Grundrechtsgarantien hat der Gesetzgeber die integrierenden Bestandteile eines subjektiven öffentlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechtes kodifiziert.²⁾ Da heute überwiegend anerkannt wird, daß auch die unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln des Privatrechts an den Grundrechtsentscheidungen zu messen sind, wird ebenfalls bejaht, daß u.a. die Art. 1 und 2 GG mittelbar neben dem Verhältnis Staat - Bürger auch die Privatrechtsordnung im Verhältnis der Rechtsgenossen untereinander regeln. Damit wurde seitens der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil des Schrifttums ebenfalls die Existenz eines allgemeinen Persönlichkeitsschutzes als absolutes subjektives Privatrecht anerkannt.³⁾

Hat der Ausgangspunkt der persönlichkeitsrechtlichen Betrachtungsweise des Wettbewerbsrechts damit auch eine Klärung erfahren, so stehen ihrer Anerkennung jedoch weitere Bedenken entgegen. Es ist Kraft zuzustimmen, der dieser Bewertung entgegenhält: "Auch bei Anerkennung des Persönlichkeitsrechtes als absolutes Recht bleibt die Bestimmung, was im Wettbewerbsrecht zulässig ist und was nicht, genau so schwierig, wie bei dem unbestimmten Rechtsbegriff der "guten Sitten" die Feststellung, welche Handlung gegen sie verstößt."⁴⁾ Es hat sich herausgestellt, daß diese Bedenken ge-

1) Vgl.: die bei Enneccerus-Nipperdey, S. 579 in Fußnote Nr. 8 wiedergegebene Literatur und Rechtsprechung. Eine eingehende Erörterung dieser Frage kann hier nicht gegeben werden; s. dazu: Kraft, S. 151 ff.

2) Vgl.: Enneccerus-Nipperdey, S. 581 (1. Hlbb.).

3) Vgl.: Enneccerus-Nipperdey, 1. Hlbb., S. 581 und Fußnote Nr. 10; Staudinger-Coing, Vorbem. 20 und 21 vor § 1; BVerfG v. 15.1.1958 in BVerfGE 7, S. 198 ff; BGH vom 25.5.1954 in BGHZ 13, S. 334 (338).

4) Vgl.: Kraft, S. 164.

rechtfertigt sind, da die Anerkennung eines Persönlichkeitsrechtes als Schutzgut des Wettbewerbs der Praxis keine exakten Abgrenzungskriterien an die Hand zu geben vermag, nach denen der geschützte vom ungeschützten Rechtsbereich zu trennen ist; dementsprechend ist dieser Bestimmungsversuch auch vielfach als "zu verschwommen" abgelehnt worden.¹⁾ Darüber hinaus muß diese persönlichkeitsrechtliche Anschauung als zu eng gefaßt beurteilt werden. Die Vertreter des Persönlichkeitsschutzes verkennen, daß viele Wettbewerbsverstöße das Persönlichkeitsrecht des Mitbewerbers gar nicht berühren; gedacht sei nur an die Ausnutzung der Spielleidenschaft der Kunden, die Hervorrufung von Kaufpsychosen oder die Irreführung des Publikums in den Fällen des § 3 UWG. Da diese Theorie außerdem nicht den Schutz der Interessen der Allgemeinheit erfaßt - diese wesentliche Zielsetzung des Wettbewerbsrechts wird noch näher zu erörtern sein - kann die Persönlichkeit des Wettbewerbers nicht alleiniger Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts sein.²⁾

Auch die Vertreter eines Immaterialgüterschutzes, die das von der Person des Wettbewerbers gelöste Unternehmen als Schutzobjekt des UWG-Rechts ansehen, müssen sich entgegenhalten lassen, daß ihr Ansatzpunkt zu eng gefaßt ist, da zahlreiche Formen wettbewerbslichen Handelns, ebenso wie oben für die persönlichkeitsrechtliche Lösung festgestellt wurde, den Unternehmensbereich des einzelnen Wettbewerbers gar nicht tangieren.³⁾ Mit Recht stellen Baumbach-Hefermehl⁴⁾ u.a. fest, daß es "gekünstelt" sei, irreführende Angaben in

1) Vgl.: Fikentscher (Wettbewerb), S. 224; Baumbach-Hefermehl, (Rn. 41 zu Einl. UWG) halten diesen Einwand infolge der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zwar nicht mehr für überzeugend, weisen jedoch darauf hin, "daß sich Konfliktslagen nur aufgrund einer subtilen Interessenabwägung lösen lassen."

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 41 zu Einl. UWG.

3) Vgl.: Ulmer-Reimer (S. 17, insbesondere Fußnote Nr. 29) die beiden individualrechtlichen Lösungen entgegenhalten, "daß sie jeweils nur einem Ausschnitt aus dem breiten Gebiet des Wettbewerbsrechts gerecht werden."

4) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 42 zu Einl. UWG und Fikentscher (Wettbewerbsrecht), S. 224.

der Werbung, die allgemein gehalten sind und nicht auf einzelne Mitbewerber zielen, als Unternehmens- oder gar Persönlichkeitsverletzung anzusehen. Insbesondere spricht gegen diesen Immaterialgüterschutz jedoch, ebenso wie gegen die Konstruktion eines Persönlichkeitsschutzes, daß bei der Beurteilung der Wettbewerbsstreitigkeiten die Interessen der Allgemeinheit keine Berücksichtigung finden.

Auch die Rechtsprechung zum "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" vermag diese Ansicht nur in ihrem Ausgangspunkt insofern zu unterstützen, als sie das Unternehmen als schützenswertes Gut i.S.d. § 823 I BGB anerkannt hat. Ähnlich wie bei der Betrachtung der persönlichkeitsrechtlichen Lösung zeigt sich, daß allein der Charakter eines absolut geschützten Rechtsgutes das Unternehmen noch nicht zum Schutzgut des Wettbewerbs werden läßt. Neben der erwähnten Einschränkung der Wettbewerbsverstöße, die überhaupt das Unternehmen des Mitbewerberrechts berühren, steht der Ansicht, das Unternehmen zum Schutzgegenstand des UWG-Rechts zu erklären, insbesondere das Bedenken entgegen, daß eine tatbestandsmäßige Schädigung des Unternehmens noch nichts über die Widerrechtlichkeit einer Wettbewerbshandlung aussagt, da Schädigungen des Unternehmens auch mit Mitteln des Leistungswettbewerbs bewirkt werden können, die keine Rechtsverletzungen darstellen.¹⁾ Die Tauglichkeit eines wettbewerblichen Schutzgutes ist aber gerade an dem Vermögen zu messen, die Widerrechtlichkeit einer Wettbewerbshandlung bestimmen zu können. Diese Erwägungen müssen daher auch dem Unternehmen die Qualifikation eines Schutzgutes des Wettbewerbs versagen.

Die bisherigen Betrachtungen ergaben, daß ein bestimmtes Individualrecht sich als nicht geeignet erwies, alle Formen des wettbewerblichen Wettstreits zu erfassen und die Widerrechtlichkeit der Wettbewerbshandlungen zu bestimmen;²⁾ insbesondere aber ließ es

1) Vgl.: Hubmann (Rechtsschutz), § 6 III, 3c (S. 59).

2) Als individualrechtlicher Lösungsvorschlag hat noch die Auffassung Kummers (S. 87 ff) zu gelten, Schutzgut sei das "Recht an der Wettbewerbsstellung", einem subjektiv absoluten Recht. Diese Ansicht ist ebenfalls abzulehnen, da es gerade dem freien Wettbewerb immanent ist, im Wettbewerbskampf Beeinträchtigungen der Wettbewerbsstellung zuzulassen.

die Berücksichtigung der an einer Wettbewerbssituation beteiligten Belange der Allgemeinheit vermissen. So gesehen kam in den dreißiger Jahren die Entwicklung der zum Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts vertretenen Auffassungen von der rein individualrechtlichen Betrachtungsweise zu einem sozialrechtlichen Denken nicht überraschend. Auch die Rechtsprechung verschloß sich nicht gegenüber der sozialrechtlichen Komponente und stellte fest, daß das Wettbewerbsrecht sowohl den Interessen des Publikums als auch dem Schutz der Mitbewerber diene.¹⁾ Die Theorien, die neben die individualrechtlichen Lösungen traten, zeigen in besonderem Maße diese Entwicklung.

Als Schutzgegenstand werden dort allgemeine Wertbegriffe herausgestellt, die eher geeignet erscheinen, alle Wettbewerbsverstöße zu erfassen. Zu beachten sind die Bestimmungsversuche, die als Schutzgegenstand "das Berufsethos der freien Gewerbe und Berufe"²⁾, "die Aufrechterhaltung bzw. Reinerhaltung des Leistungswettbewerbs"³⁾, "die Sauberkeit im Gewerbeleben, das gemeine Wohl"⁴⁾, "die auf Leistung und Verantwortung beruhende Wettbewerbsordnung selbst"⁵⁾ und neuerlich "die freie und lautere wirtschaftliche Be-

1) Vgl.: RG vom 24.1.1928 in JW 1928, S. 1218 (1220); aber bereits die Entscheidung vom 7.4.1915 (in MuW XV, S. 48 (49)) enthält diesen Gedanken: "Die Vorschriften gegen die unlautere Reklame sollen übrigens neben dem Schutz der Konkurrenten auch der Reinerhaltung des öffentlichen gewerblichen Verkehrs im Interesse des Publikums dienen."

2) Vgl.: H. Isay, S. 54 ff, insbesondere S. 59.

3) Vgl.: Bock, S. 19; Böhm, S. 285 ff; Hoffmann, S. 157; Nipperdey, S. 131 ff.

4) Vgl.: Wehner, S. 73/74 ("Gesunder Wettbewerb"); Jäger, S. 24 ff (37), wonach das durch das UWG geschützte Rechtsgut das öffentliche Interesse an der Redlichkeit und Ehrlichkeit, an der Fairness im Wettbewerbskampf, an der Sauberkeit im Gewerbeleben überhaupt ist; etwa in diesem Sinne auch Sekler, S. 51.

5) Vgl.: Burmann (Werberecht), Ziff. 100, IV, S. 4.

tätigung"¹⁾ herausstellen.

Es ist aber auch diesen allgemein gehaltenen Theorien nicht gelungen, allseits befriedigende Ergebnisse zu unterbreiten. Isays Meinung kann nicht gefolgt werden, weil das Berufsethos eine Idee beinhaltet, die dem vorrechtlichen Bereich des positiven Rechts zuzurechnen ist und demzufolge keine Anknüpfungspunkte für den materiellen Rechtsschutz bieten kann.²⁾ Darüber hinaus geben die erlaubten Maxime des Berufsethos' bestimmter Gewerbetreibender keine Gewähr dafür, daß sie im Einklang mit dem Interesse der Allgemeinheit stehen, da das Gewerbe Handlungen als erlaubt ansehen kann, die aufgrund einer Beeinträchtigung eines übergeordneten Allgemeininteresses als unzulässig beurteilt werden müssen.³⁾

Die Versuche, die die "Aufrechterhaltung bzw. Reinerhaltung des Leistungswettbewerbs", "den gesunden Wettbewerb" oder "die auf Leistung und Verantwortung beruhende Wettbewerbsordnung selbst" als Schutzgegenstand herausstellen, vermögen diesen ebenfalls nicht befriedigend zu deuten, da die Konkretisierung der gewählten Begriffe bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung letztlich die gleichen Probleme aufwirft wie die Bestimmung eines Verstoßes gegen die guten Sitten. Das Schrifttum führt gegen diese Theorien denn auch auf, daß sie "im Grunde nichts anderes als Umschreibungen der guten Sitten in ihrer auf den Wettbewerb bezogenen Bedeutung" darstellten und "damit allein, daß man den Wortlaut des Gesetzes umschreibe, durch andere Worte ersetze, nichts zu gewinnen sei".⁴⁾

1) Vgl.: Fikentscher (Wettbewerbsrecht), S. 127; ähnlich schon Nerreter (S. 97), nach dessen Auffassung der Schutzgegenstand des Wettbewerbs das "selbständige wirtschaftliche Schaffen, sein Ansehen, sein Erfolg" ist, und ein Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung beinhaltet, das als eigenständiges Element von der Person des Wettbewerbers getrennt ist.

2) Vgl.: Schürholz, S. 58.

3) Vgl.: Ulmer-Reimer, S. 18; Sack, S. 501.

4) Vgl.: Fikentscher (Wettbewerb), S. 224; Kraft, S. 174.

bb) Die Lehre von der freien und lauterer wirtschaftlichen
Betätigung

In neuerer Zeit hat Fikentscher den Versuch unternommen, eine Theorie der Schutzgüter des Wettbewerbsrechts zu entwickeln.¹⁾ Seiner Ansicht nach sind zwei Komponenten des Wettbewerbsrechts zu unterscheiden, die zueinander in einem antinomischen Spannungsverhältnis stehen; auf der einen Seite stehe der Schutz der Einzelgüter, die der Gewerbetreibende durch sein Wirken erworben habe und auf der anderen Seite der Schutz der wirtschaftlichen Betätigung. Dabei sei das Rechtsgut der wirtschaftlichen Betätigung ein übergeordneter Begriff, der in sich zwei weitere Rechtsgüter, die Freiheit und die Lauterkeit des Wettbewerbs vereinige. Das Rechtsgut des allgemeinen Wettbewerbsrechts könne dementsprechend als "die freie und vor unlauteren Eingriffen sichere wirtschaftliche Betätigung" definiert werden, die als Entfaltungsfreiheit i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG einen Teil des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes im Recht bilde.²⁾

Der Ausgangspunkt Fikentschers, das Wettbewerbsrecht diene dem Schutz der erworbenen Einzelgüter und dem Schutz der wirtschaftlichen Betätigung, bezeichnet in richtiger Weise einen Teil der Aufgaben, denen sich das Recht des wirtschaftlichen Wettbewerbs stellen muß. Eine "tragfähige Theorie" des Rechtsgutes des allgemeinen Wettbewerbsrechts ist nach unserer Ansicht jedoch nicht gewonnen, wenn es zur Bestimmung der einzelnen Schutzkomponenten des nach Fikentschers Ansicht "übergeordneten Rechtsgutes der wirtschaftlichen Betätigung" der Deutung der Wettbewerbslauterkeit bedarf. Mit der Feststellung, "das Recht will, daß der Wettbewerb nicht nur frei, sondern auch lauter sei", und dem Ergebnis,

1) Vgl.: Fikentscher (Wettbewerb), S. 226 ff.

2) Vgl.: Fikentscher (Wettbewerb), S. 230; insofern unterscheidet sich diese Ansicht von der Nerreters, der (S. 97) im Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung ein eigenständiges, von der Person des Wettbewerbers getrenntes Element sieht, das kein Persönlichkeitsrecht darstellt.

daß der Schwerpunkt des Rechts vom unlauteren Wettbewerb in der Lauterkeit des Wettbewerbs als Teil des Schutzgutes der wirtschaftlichen Betätigung liege¹⁾, ist das Problem des Schutzgegenstandes nicht gelöst, da damit nichts anderes erreicht wird, als die Frage auf den Schutz der guten Sitten zu verlagern. Meinungen, die zu diesem Ergebnis gelangen und den Schutz gegen unlauteren Wettbewerb durch die guten Sitten selbst erklären, ist auch Fikentscher selbst entschieden entgegengetreten.

Hinzu treten infolge des individualrechtlichen Charakters des vorgeschlagenen Rechtsgutes der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit weitere Bedenken. Zweifellos hat das Wettbewerbsrecht auch eine individualrechtliche Komponente²⁾, die sich - um den benannten Begriff zu verwenden - treffend als wirtschaftliche Betätigungsfreiheit kennzeichnen läßt. Bedenken erheben sich aber, wenn dieser Komponente der Charakter des wettbewerblichen Schutzgutes zugesprochen wird. Wie wir schon bei der Betrachtung der persönlichkeitsrechtlichen Theorien feststellten, wird der Gewerbetreibende in zahlreichen Fällen durch wettbewerbswidriges Verhalten in seinem Recht auf freie wirtschaftliche Betätigung verletzt sein. Dies ist aber, wie wir zeigen konnten, nicht immer der Fall, da beispielsweise nicht jede Verletzung des Allgemeininteresses einen Eingriff in ein Individualrecht des Gewerbetreibenden beinhaltet. Die persönlichkeitsrechtliche Einordnung der vorgeschlagenen Lösung birgt jedoch diese Schwierigkeiten, ohne einen Ausweg aufzuzeigen.

Aus den dargelegten Gründen müssen wir auch diesem Vorschlag unsere Zustimmung versagen.

1) Vgl.: Fikentscher (Wettbewerb), S. 229.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 88 zu Allg.

cc) Zusammenfassende Kritik dieser Theorien

Es kann abschließend festgestellt werden, daß die Suche nach einer allseitig befriedigenden Bestimmung eines wettbewerblichen subjektiven Schutzgutes aus unserer Sicht ohne Erfolg geblieben ist. Dieses negative Ergebnis ist die logische Folgerung zweier grundlegender Ansatzpunkte der aufgezeigten Lösungsvorschläge, die unserer Ansicht nach verfehlt sind und demzufolge auch der Hoffnung keinen Raum lassen, daß die Suche eines subjektiven wettbewerblichen Rechtsgutes in Zukunft erfolgreich beendet werden könnte.¹⁾

(1) Die Auffassungen, die die Definition eines bestimmten subjektiven Rechtes oder Rechtsgutes für erforderlich halten, gehen davon aus, daß Ansprüche auslösende Wettbewerbshandlungen der Feststellungen und Verletzung subjektiver Rechtspositionen unbedingt bedürfen. Darin sehen wir den ersten fehlerhaften Ansatzpunkt dieser Theorien. Eine solche Begrenzung privatrechtlicher Ansprüche ist nicht verständlich, zeigt doch gerade das UWG, daß auch ein weiterer Interessenschutz derartige Ansprüche begründen kann. § 13 Abs. 1 u. 1a UWG gewähren bei wettbewerbswidrigem Verhalten eines Gewerbetreibenden den "Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen" sowie den "Verbraucherverbänden" die Klagebefugnis zur Unterlassungsklage, obwohl diesen Verbänden selbst kein subjektives Recht zusteht, ja nicht einmal Voraussetzung ist, daß die Mitglieder des klagenden Verbandes selbst betroffen sind.²⁾ Die daraus zu gewinnende Erkenntnis, daß auch sekundäre Schutzansprüche bestehen können, die nicht Ausfluß primärer subjektiver Rechte sind³⁾, zeigt einerseits, daß wettbewerbliche Ansprüche nicht die vorherige Bestimmung subjektiver Rechte oder Rechtsgüter bedingen und weist andererseits den Weg, den wettbewerblichen Schutz in einem umfassenden Interessenschutz zu sehen, der den

1) Vgl.: Emmerich, S. 21.

2) Vgl.: Ulmer-Reimer, S. 19.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 88 zu Allg. und Rn. 46 zu Einl. UWG; Raiser, S. 472.

Bestand der lautereren Wettbewerbsordnung zu garantieren vermag. Wenn dabei eine Hinwendung zum "institutionellen Verständnis"¹⁾ des § 1 UWG die Folge ist, da bei einem Verstoß gegen die Ordnungsprinzipien des lautereren Wettbewerbs nicht nur den Konkurrenten aufgrund einer individuellen Rechtsinhaberschaft sondern auch bestimmten Interessenverbänden Abwehransprüche zustehen können, so beinhaltet dies keine Abkehr von dem privatrechtlichen Fundament des Wettbewerbsrechts, da selbst eine institutionell verstandene Schutznorm, die den Bestand der Wettbewerbsordnung im Auge hat, dem einzelnen Mitbewerber aufgrund objektiven Rechts eigene Ansprüche gewähren kann und somit im wohlverstandenen Sinne auch einen Individualrechtsschutz darstellen würde²⁾.

(2) Darüber hinaus zeigt sich der Interessenschutz im Gegensatz zu den einseitig angelegten Schutzguttheorien - und darin sehen wir den zweiten fehlerhaften Ansatzpunkt jener Theorien - in der Lage, die Vielfältigkeit der im Wettbewerbsrecht auftretenden Interessen umfassen und ausgleichen zu können. Damit rückt das eigentliche Anliegen des Wettbewerbsrechts, die Lauterkeit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Interesse aller Wettbewerbsbeteiligten zu schützen und zu gewährleisten, in den Vordergrund. Dies wird auch seitens der heutigen Rechtsprechung anerkannt,³⁾ die feststellt, daß das Wettbewerbsrecht nicht den Schutz subjektiver Ausschließlichkeitsrechte bezwecke; es gehe vielmehr um die Verhinderung von Mißbräuchen im Konkurrenzkampf, ohne daß es der Bestimmung und Verletzung subjektiver Rechtspositionen bedürfe.

Zur Festlegung des vor wettbewerbswidrigen Handlungen zu schützenden Bereiches, mit der Möglichkeit, die Frage, "wen" und "was"

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 46 zu Einl. UWG; Schürholz, S. 44.

2) Vgl.: Schürholz, S. 44: "Der Einzelne wird auch hier um seiner selbst willen geschützt und tritt nicht etwa nur als Funktioniär der Gesamtrechtsordnung auf".

3) Seit dem Diamantine-Urteil des RG vom 27.3.1936 in GRUR 1936, S. 310 (812) ständige Rechtsprechung; vgl. BGH vom 30.6.1961 in BGHZ 35, S. 329 (333); BGH vom 22.1.1969 in GRUR 1969, S. 295 (296).

das Wettbewerbsrecht schützt, beantworten zu können, und zur Klärung, wann ein mißbräuchliches Verhalten im Konkurrenzkampf gegeben ist, bedarf es nach unserer Ansicht somit nicht der Suche eines absolut geschützten Rechtsguts, sondern der Ermittlung der, die individualrechtlichen sowie die sozialrechtlichen Funktionen der wettbewerbliehen Ordnung berücksichtigenden, im Wettbewerb geschützten Interessen.

b) Der Interessenschutz im Wettbewerbsrecht

Mit der Hinwendung zu einer sozialrechtlichen Interpretation des Wettbewerbsrechts haben der überwiegende Teil des Schrifttums und die Rechtsprechung dem bipolaren Charakter des UWG-Rechts Rechnung getragen, indem sie herausstellten, daß das Wettbewerbsrecht einerseits den Schutz der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit des einzelnen und seiner erlangten wirtschaftlichen Werte und gleichrangig daneben den Schutz aller Marktbeteiligten und der Belange der Allgemeinheit vor mißbräuchlichem wettbewerbliehen Handeln realisieren soll.¹⁾

Dieser Zweckrichtung des Wettbewerbsrechts kann nur entsprochen werden, wenn von einem absoluten Schutz der einzelnen Komponenten abgesehen wird und als Ziel und Zweck der gesetzlichen Ordnung der Schutz voneinander abhängiger, sich ergänzender, grundsätzlich gleichrangiger privater und kollektiver Interessen tritt. Das Gleichgewicht zwischen den unterschiedlichen Interessen - man betrachte die in aller Regel differierenden Wirtschaftsauffassungen und Ziele im Bereiche der kollektiven Interessenrichtungen seitens der Mitbewerbergesamtheit, der Verbraucher, wie der all-

1) Vgl.: Kraft, S. 207; Hubmann (Rechtsschutz), § 4, V (S. 40/41); Baumbach-Hefermehl, Rn. 39-zu Einl. UWG; Bock, S. 16/17 und S. 19; Werner, S. 41; Knöpfle, S. 49 ff; Nastelski (Schutz der Allgemeinheit), S. 322 ff; Sack, S. 500 ff und die in Fußnote Nr. 1 angegebene Rechtsprechung.

gemeinen Öffentlichkeit und daneben die individuellen Belange der einzelnen Konkurrenten, die sich teils mit den Kollektivinteressen decken, teils diesen widersprechen können - läßt sich nur durch eine gesetzliche Ordnung erzielen, deren Kennzeichen ein auf Interessenabwägung beruhender Schutz ist.¹⁾

Das Abwägen der rivalisierenden Interessen gibt dem Richter die Handhabe, die im wirtschaftlichen Wettbewerb in Erscheinung tretenden Gegensätze an dem Ziel des lautereren Wettbewerbs zu messen, um so die vom Gesetzgeber gewollte Zweckrichtung der UWG-Normen zu sichern. Erst der Zusammenhang zwischen dem vom Gesetzgeber gesetzten Zweck, bestimmte Interessen im Wettbewerb vor mißbräuchlichen Handlungen zu schützen, und der sich an diesen schutzwürdigen Interessen orientierenden richterlichen Entscheidung ermöglicht einen die bestehende Wettbewerbsordnung garantierenden, interessengerechten Rechtsschutz und eine den Wettbewerb tragende Rechtssicherheit. Diesem Zusammenhang entsprechend verkörpern die Wettbewerbsregeln, die das UWG selbst benennt oder von der Rechtsprechung als Konkretisierung der Generalklausel des § 1 UWG aufgestellt werden, Verhaltensnormen, die den Ausgleich geschützter wettbewerblcher Interessen herbeiführen und dadurch mißbräuchliches wettbewerblches Verhalten verhindern sollen.

Auch nach der von uns vertretenen Ansicht ist damit als Zweckbestimmung des Wettbewerbsrechts der Schutz der von der Wettbewerbsordnung als berechtigt anerkannten Wettbewerbsinteressen vor mißbräuchlichen, dem Lauterkeitsgebot des Wettbewerbsrechts widersprechenden Verhaltensweisen zu sehen.

1) Vgl.: Sack, S. 496 und S. 500; demgegenüber räumt Schricker (Gesetzesverletzung), S. 237/238 der Interessenabwägung nur eine "dienende Rolle" ein: "Sie bildet ein methodisches Hilfsmittel, die entscheidenden Wertungskriterien zur Geltung zu bringen. Sie trägt diese nicht bereits in sich. Deshalb macht die Interessenabwägung im Wettbewerbsrecht die ethische Beurteilung, die Heranziehung rechtlicher Wertmaßstäbe und die Frage nach der Natur der Sache keineswegs überflüssig. Sie hilft lediglich, diese Kriterien zum Tragen zu bringen."

Die diesen Interessenschutz statuierende Zweckbestimmung der wettbewerblichen Ordnung beantwortet die Frage nach dem Schutzobjekt des Wettbewerbsrechts und bedeutet, wie Ulmer treffend festgestellt hat, im Grunde nichts anderes, als die Antwort auf die Frage nach einem im Wettbewerb geschützten "Rechtsgut"¹⁾, wobei nach unserer Ansicht dieser Begriff nicht im Sinne eines bestimmten subjektiven Rechtsgutes verstanden werden darf, sondern als umfassender Rechtsschutz aller berechtigten individuellen und sozialen Wettbewerbsinteressen.

Burmann²⁾, der den Interessenschutz der Wettbewerbsbeteiligten und den Schutz öffentlicher Belange lediglich als Reflexwirkungen des Bestands- und Funktionsschutzes des Wettbewerbs beurteilt, verkennet, daß die Ausgewogenheit der schutzwürdigen Wettbewerbsinteressen Voraussetzung eines lautereren Wettbewerbs ist und somit erst seinen Bestand gewährleistet und seine Funktionen ermöglicht. Ein Wettbewerb ohne Ausgleich der widerstreitenden Interessen wird auf Dauer nicht mit wettbewerblich "guten Sitten" existent sein und garantieren können, daß das einem funktionsfähigen Wettbewerb zugrunde liegende Prinzip des Leistungswettbewerbs gewährleistet wird.

Aus diesem Grunde muß auch der Kritik Fikentschers³⁾ begegnet werden, der in einem "Interessenschutz" für die Deutung des wettbewerblichen Schutzgegenstandes keinen Ausweg sieht, da dieser Lösungsvorschlag seiner Ansicht nach nur eine Umschreibung des Sittenschutzes ist. Wenn wir das Wettbewerbsrecht als Schutz berechtigter Interessen gegen den Mißbrauch wettbewerblicher Freiheiten verstehen, so ist die Wettbewerbswidrigkeit eines Handelns zwar anhand des Kriteriums der guten Sitten im Wettbewerb zu ermitteln, dies beinhaltet jedoch keineswegs lediglich die Umschreibung des Sittenschutzes. Der Interessenschutz dient vielmehr da-

1) Vgl.: Ulmer, S. 772.

2) Vgl.: Burmann (Werberecht), Abschnitt 100, IV, S. 4.

3) Vgl.: Fikentscher (Wettbewerbsrecht), S. 525.

zu, den durch die "guten Sitten" gesetzten Rahmen durch interessengerechte Verhaltensnormen zu füllen, die geeignet sind, konkrete Feststellungen zu treffen, wann ein mißbräuchliches wettbewerbliches Verhalten gegeben ist.¹⁾ Erst die Abwägung und Bewertung der im Wettbewerb auftretenden Interessen lassen den Begriff der "guten Sitten" zu einem brauchbaren Kriterium für die Lauterkeit des Wettbewerbs werden!

Um den im Wettbewerbsrecht statuierten Interessenschutz transparent zu machen, bedarf es nunmehr abschließend der näheren Erörterung, welche einzelnen Interessen die Wettbewerbsordnung zu berücksichtigen hat. Dieser Erörterung muß die Klärung dessen, was unter dem Begriff des "Interesses" zu verstehen ist, vorausgehen.

aa) Der Begriff des Interesses

Der uns in vielen Lebensbereichen begegnende Begriff "Interesse" findet im Rechtsleben u.a. als "Privatinteresse" oder "öffentliches Interesse" besondere Verwendung. Diesem Begriffspaar wird seitens des Schrifttums z.T. eine unterschiedliche Bedeutung beigemessen und zwar nicht nur hinsichtlich der Zuordnung zum privat- oder öffentlichrechtlichen Bereich, sondern primär hinsichtlich der gemeinsamen Bezeichnung des "Interesses", das nach diesen Ansichten kein Synonym beinhaltet. "Interessen" können danach nur die Interessen eines Individuums sein, während die sog. öffentlichen Interessen lediglich Bewertungsfaktoren für die privaten Interessen darstellen.²⁾ Diese Differenzierung wird darü-

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 47 zu Einl. UWG.

2) In diesem Sinne haben sich u.a. Westermann (S. 4), der Interesse auf "Begehrensvorstellungen, die die Parteien haben oder haben müssen, wenn sie die ihnen günstige Rechtsfolge anstreben" begrenzt; Hubmann ((Persönlichkeitsrecht), S. 114), der unter Interesse das "Streben der Menschen nach Gütern und Werten und die Sorge um ihre Erhaltung" verstanden wissen will

ber hinaus damit begründet, daß eine Methode, die alle Spielarten der im Rechtsleben in Erscheinung tretenden "Interessen" unter einem einheitlichen Begriff zu fassen versucht, geeignet sei, zu verwirren und die Unterschiede zwischen Bewertungsobjekt und Bewertungsmaßstäben zu verwischen.¹⁾

Eine eingehende Stellungnahme zu dieser Frage kann im Rahmen dieser Untersuchung naturgemäß nicht gegeben werden. Es ist jedoch zu bemerken, daß für einen allgemeingültigen Begriff des Interesses zunächst spricht, daß die seitens der heute hM vorgenommene Differenzierung im Gegensatz zu den Geboten der Klarheit und Einheitlichkeit der Rechtsordnung steht. Schon der stete Gebrauch des Begriffes "öffentliches Interesse" oder "Interesse der Allgemeinheit" seitens der Judikatur und der Rechtswissenschaft läßt der Differenzierung in der praktischen Rechtsanwendung keine klärende Wirkung mehr zukommen. Darüber hinaus hätte ein allgemein definierter Begriff des Interesses den Vorteil, daß er erst durch die Zuordnung zu einem Rechtssubjekt, sei es dem Menschen oder einem Subjekt des öffentlichen Rechts, seine spezifische Ausgestaltung erlangen würde. Diese Begriffsbestimmung könnte in etwa folgenden Inhalt haben: "Interesse ist das latent vorhandene oder tätige Bemühen eines Rechtsträgers des Privat- oder öffent-

(Fortsetzung der Fußnote 2 auf S. 26)

und neuerlich Kraft (S. 23), ausgesprochen, der das Interesse eines Individuums als "ein bewußt oder unbewußt vorhandenes Begehren, das sich darauf richtet, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, Erworbenes zu behalten, sich in bestimmter Weise verhalten oder andere von einem Verhalten abhalten zu dürfen" definiert; vgl. auch Schricker ((Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz), S. 39). Demgegenüber gebrauchen die Vertreter der reinen Interessenjurisprudenz den Begriff im weitesten Sinne. Vgl. z.B. Heck (S. 152/153): "Mit den Interessen, von denen wir reden, sind nicht nur die privaten Interessen gemeint. Diese Beschränkung wäre ein schweres Mißverständnis. Sondern die Interessen der Rechtsgemeinschaft spielen die gleiche Rolle, auf anderen Rechtsgebieten als dem des Privatrechts aber immer die Hauptrolle. Auch auf dem Gebiete des Privatrechts sind sie immer beteiligt"... "Die Interessenjurisprudenz gebraucht das Wort Interesse in dem weitesten Sinne, in dem es heute üblich ist."

1) Vgl.: Westermann, S. 4; Kraft, S. 16.

lichen Rechtes um die Erlangung von Zielen, die Erhaltung von Werten oder die Einräumung von Verhaltensweisen, denen dieser Rechtsträger für sich oder andere eigene Bedeutung beimißt." Eine solche Begriffsbestimmung würde es z.B. im Rahmen des Wettbewerbsrechts ermöglichen, die dort zu vermerkenden Interessen einheitlich zu ermitteln, und, verbunden mit der Entscheidung der Rechtsordnung, bestimmten Interessen Schutz zu gewähren, ließen sich die von allen Rechtsgenossen zu beobachtenden "schutzwürdigen Interessen" des Wettbewerbsrechts nach gleichen Grundsätzen bestimmen.

Die Gegner der einheitlichen Betrachtungsweise begründen die von ihnen geforderte Begrenzung des Begriffes Interesse auf die Wünsche oder subjektiven Wertvorstellungen eines willensfähigen Individuums insbesondere damit, daß dem Staat oder anderen Gemeinwesen mangels eines ursprünglichen "natürlichen Willens" die Fähigkeit abzusprechen sei, Träger eigener Interessen sein zu können¹⁾. Nun könnte diesen Einlassungen entgegengehalten werden, daß die anerkannte Rechtssubjektsqualität der Hoheitsträger diese nicht nur befähigt, Träger eigener Rechte und Pflichten zu sein, sondern insbesondere das Vermögen beinhaltet, sich um Wertvorstellungen und Ziele, die seitens der Öffentlichkeit als erstrebenswert angesehen werden, nach eigener Beurteilung und selbst gesetzten Prioritäten auf selbst gewählten Wegen und somit mit "eigenem Willen" zu bemühen. So gesehen ist auch hier ein "Wille" gegeben, der zwar nicht originärer Art ist, aber dennoch z.B. den Staat als Träger eines Interesses erklären könnte. Der materielle Gehalt dieses "öffentlichen Interesses" müßte sich nach den Wertfaktoren bestimmen, die sich aus der gesetzlichen Rahmenordnung ergeben und den Zweck verfolgen, ein funktionsfähiges, geordnetes und gedeihliches Zusammenleben zu garantieren.

Ohne diese Frage weiter zu vertiefen, können wir hier aber mit der h.M. feststellen, daß neben dem Privatinteresse, das wir

1) Vgl.: Kraft, S. 10 ff (insbesondere S. 13).

als das "latent vorhandene oder tätige Bemühen einer oder mehrerer Personen um die Erlangung von Zielen, die Erhaltung von Werten oder die Einräumung von Verhaltensweisen, denen diese Personen für sich oder andere eigene Bedeutung beimessen", definieren, bei einer Rechtsanwendung öffentliche "Interessen" zu berücksichtigen sind, die zwar keine Interessen im üblichen Sinne darstellen, sondern die Wertfaktoren beinhalten, die sich auf die gesetzliche Rahmenordnung gründen und den Zweck verfolgen, ein funktionsfähiges geordnetes und gedeihliches Zusammenleben zu garantieren.

bb) Die einzelnen im Wettbewerbsrecht geschützten Interessen

Die Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums haben die doppelte Zielsetzung des Wettbewerbsrechts anerkannt, indem sie davon ausgehen, daß die Wettbewerbsordnung einen Ausgleich zwischen den Interessen der einzelnen Mitbewerber und den Belangen der Allgemeinheit herbeiführen soll.¹⁾

Findet die Anerkennung des Schutzes der Belange der Allgemeinheit im Wettbewerb noch teilweise Kritik im Schrifttum, so besteht jedoch insofern Einigkeit, als das Wettbewerbsrecht den Schutz der Interessen der Wettbewerber bezweckt.

1) Diese Bewertung zeigte sich bereits in der Entscheidung des RG vom 7.4.1914 (in MuW XV, S. 48 (49), s. Fußnote Nr. 1 auf S. 17) und wird im Anschluß an das RG auch vom BGH in ständiger Rechtsprechung vertreten.
Vgl.: RG vom 27.3.1936 in GRUR 1936, S. 810 (812); BGH vom 4.12.1964 in GRUR 1965, S. 315 (316); BGH vom 22.1.1969 in GRUR 1969, S. 295 (296); so auch die überwiegende Meinung im Schrifttum: vgl.: Ulmer-Reimer, S. 19; Nastelski (Schutz der Allgemeinheit), S. 322 (323); Tetzner, Vorbem., Rn. 12; Würdinger, S. 75; Kraft, S. 194 ff; Sack, S. 500 ff; Baumbach-Hefermehl, Rn. 38 zu Einl. UWG mit weiteren Nachweisen. Demgegenüber ablehnend: Samwer, S. 328 ff; Burmann (Strukturwandel), S. 74 ff; kritisch: Schwartz, S. 342.

(1) Die Interessen eines am Wettbewerb beteiligten Mitbewerbers richten sich zunächst auf die Erlangung einer Marktposition, die ihn befähigt, seine Leistung auf dem Markt nach seinen Vorstellungen frei anbieten zu können; weiterhin auf die Erhaltung der von ihm erlangten wirtschaftlichen Werte und Positionen und auf die Einräumung der wettbewerbliehen Freiheiten, die ihn befähigen, sich den wechselnden wirtschaftlichen Gegebenheiten eines lauten Wettbewerbs anzupassen. Bewegen sich die Wahrnehmungen dieser Interessen in dem durch das Lauterkeitsgebot des Wettbewerbs gesetzten Rahmen, so bezeichnet sie die Wettbewerbsordnung als schutzwürdig, da sie die Gewähr für die Realisierung des lauten und leistungsgerechten Wettbewerbs bieten.

(2) Als erster Schritt zu einer sozialrechtlichen Bewertung des Wettbewerbsrechts kann die Einbeziehung der Interessen der Mitbewerbergesamtheit in den Schutzbereich des UWGs vermerkt werden. Diese Interessen der Mitbewerbergesamtheit sind auf eine lautere wettbewerbliche Bestätigung der einzelnen Mitbewerber und auf den Bestand und die Reinerhaltung der Wettbewerbsordnung gerichtet.¹⁾ Dieser Interessenschutz, den insbesondere die Verbandsklage des § 13 I UWG dokumentiert, findet seine Begründung darin, daß wettbewerbswidrige Handlungen einerseits gegen alle Mitbewerber gerichtet sein können und andererseits in der Erfahrung, daß auch ein auf einzelne Mitbewerber abzielendes wettbewerbswidriges Handeln in der Regel nicht nur bestimmte Mitbewerber beeinträchtigt, sondern Auswirkungen auf alle Mitbewerber zeitigt. Angriffe gegen die Mitbewerbergesamtheit haben logischerweise immer Beeinträchtigungen einzelner Mitbewerber zur Folge; demzufolge beinhaltet der Interessenschutz der Gesamtheit der Mitbewerber zu einem Teil einen privaten Interessenschutz des Einzelnen. Da auf der anderen Seite das Interesse der Mitbewerbergesamtheit auf die Reinerhaltung der wettbewerbliehen Ordnung gerichtet ist und sich dieses mit dem Interesse der Allgemeinheit deckt, paaren

1) Vgl.: Samwer, S. 327; Baumbach-Hefermehl, Rn. 39 zu Einl. UWG.

sich im Interessenschutz der Mitbewerbergesamtheit private und allgemeine Interessen.

(3) Gegenüber dem heute überwiegend anerkannten Schutz eines Allgemeininteresses an der Lauterheit des Wettbewerbs,¹⁾ ist von einigen Vertretern des Schrifttums²⁾ neben weiteren Bedenken insbesondere eingewandt worden, daß mit diesem Interessenschutz ein wesensfremdes Element in das privatrechtlich orientierte Wettbewerbsrecht eingeführt werde³⁾ und die Gefahr wirtschaftspolitisch orientierter Entscheidungen bestehe, da durch eine generelle Einbeziehung des Schutzes der Allgemeininteressen, die Möglichkeit eröffnet werde, jede Wettbewerbsmaßnahme als wettbewerbswidrig zu erklären, da "aus irgendeiner Perspektive heraus immer ein Interesse der Allgemeinheit oder der Öffentlichkeit in den Vordergrund wettbewerbllicher Überlegungen und auch Entscheidungen gestellt werden könnte."⁴⁾

Das Bedenken, der Allgemeinschutz stelle ein wesensfremdes Element für das privatrechtlich orientierte Wettbewerbsrecht dar, können wir nicht teilen, da sich der Wettbewerb auf dem Boden einer sozialen Marktwirtschaft entfalten muß und daher nur dann als funktionsgerecht bezeichnet werden kann, wenn bei der rechtlichen Wertung der Wettbewerbshandlungen auch die Auswirkungen auf die sozialen Belange Berücksichtigung finden.⁵⁾ Damit vertreten wir kein "von Haus aus sozialorientiertes"⁶⁾ Wettbewerbsrecht,

1) Vgl.: neben den in Fußnote Nr. 1 auf S. 29 angegebenen Fundstellen weiterhin: Nastelski (jüngste Rechtsprechung), S. 329; Hoffmann, S. 156/157; Nerreter, S. 67 ff; Ulmer, S. 772.

2) Vgl.: Schwartz, S. 342; Burmann (Strukturwandel), S. 74 ff.

3) Vgl.: Burmann (Sinnvariabler Rechtsbegriff), S. 246/247.

4) Vgl.: Burmann (Strukturwandel), S. 76; Schwartz, S. 342/343.

5) Vgl.: Nastelski (Schutz der Allgemeinheit), S. 324.

6) Vgl.: Burmann (Sinnvariabler Rechtsbegriff), S. 246.

denn das Wettbewerbsrecht wird nicht zum "Sozialrecht", wenn u.a. auch die Belange der Allgemeinheit Berücksichtigung finden. Durch diese Berücksichtigung wird jedoch eine Bestimmung des Begriffes der "guten Sitten" in § 1 UWG gewährleistet, die die sozialstaatlichen Garantien - Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, Rechtsfrieden und das Funktionieren des sozialen und wirtschaftlichen Lebens¹⁾ - einbezieht und damit wettbewerbliche Interessenkonflikte nach den Aspekten aller Beteiligten - und insbesondere denen der Allgemeinheit - sachgerecht zu lösen vermag.

Die Befürchtung, in den Begriff des Schutzes der Allgemeinheit vor Auswüchsen des Wettbewerbs schleiche sich eine Bewertung nach wirtschaftspolitischen Maßstäben²⁾, ist berechtigt und läßt sich nicht bagatellisieren, da die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht schon mehrfach wirtschaftspolitisch argumentiert hat.³⁾ Die Wahrung der wirtschaftspolitischen Neutralität bei der wettbewerblichen Entscheidung, insbesondere bei der Konkretisierung des Begriffes der wettbewerblichen "guten Sitten"

1) Vgl.: Schricker (Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz), S. 39 und S. 40: "Das UWG kann sich der Strahlkraft der Verfassungsnormen und anderer leitender Wertgesichtspunkte der Rechtsordnung nicht entziehen. Es ist wünschenswert und sachgerecht, daß ein für das Sozial- und Wirtschaftsleben so wichtiges Rechtsgebiet auf die Interessen aller Beteiligten, auch der Konsumenten, Rücksicht nimmt und sich nicht gegen die Wertfaktoren abschirmt, die die allgemeinen Belange zum Tragen bringen."

2) Vgl.: Schwartz, S. 342 a.E.; Nastelski (Schutz der Allgemeinheit), S. 324/325.

3) So hat das RG in seiner Entscheidung vom 24.6.1939 (GRUR 1939, S. 862 (864)) das Verschenken von Ware im geschäftlichen Verkehr zugelassen, wenn sich die Umsonstabgabe als ein "betriebswirtschaftlich gerechtfertigtes und für die Allgemeinheit unschädliches Werbemittel erweist." Zweifel an der wirtschaftspolitischen Neutralität des BGH ergeben sich bezüglich seiner Entscheidung vom 18.12.1968 (BB 1969, S. 290 (291)), in der er das "erhebliche Interesse der Allgemeinheit am Bestand eines leistungsfähigen Pressewesens" ausschlaggebend sein läßt. Vgl. auch: BGH vom 27.1.1956 in BGHZ 19, S. 392 (396), wo das Gericht die Zulässigkeit einer Werbung daran mißt, ob sie "wirtschaftlich vernünftig" ist.

in § 1 UWG, muß die vornehmste Pflicht des Wettbewerbsrichters sein, wenn garantiert werden soll, daß sich das Wettbewerbsrecht nicht zum Mittel der Wirtschafts- bzw. Strukturpolitik entwickelt.¹⁾ Es bleibt zu hoffen, daß sich die Rechtsprechung diesen Anforderungen gewachsen zeigt und - wie Ulmer-Reimer und Nastelski raten - den Gefahren durch "behutsames Vorgehen" begegnet.²⁾

Zusammenfassend läßt sich hiernach feststellen, daß entsprechend der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur davon auszugehen ist, daß das UWG nicht nur die Mitbewerber und die Mitbewerbergesamtheit, sondern auch die Belange der Allgemeinheit schützen soll.

(4) Während die Rechtsprechung "die Belange der Allgemeinheit"³⁾, "das Interesse des Publikums"⁴⁾, "das öffentliche Interesse"⁵⁾ oder das "Interesse der angesprochenen Verkehrskreise bzw. der Verbraucher"⁶⁾ mit einbezieht und diese Begriffe z.T. synonyme

-
- 1) In der Entscheidung vom 22.2.1957 (BGHZ 23, S. 365 (375)) hat sich der BGH dazu bekannt, daß wettbewerbsrechtliche Entscheidungen von betriebswirtschaftlichen und wirtschaftspolitischen Erwägungen frei bleiben müssen, damit eine Verfälschung der Grundlagen und der Zweckrichtung des Wettbewerbsrechts verhindert werde.
 - 2) Vgl.: Ulmer-Reimer, S. 19, Fußnote 40; Nastelski (Schutz der Allgemeinheit), S. 325; in diesem Sinne auch Samwer, S. 329.
 - 3) Vgl.: BGH vom 8.7.1955 in GRUR 1955, S. 541 (542).
 - 4) Vgl.: BGH vom 7.4.1965 in GRUR 1966, S. 45 (46); RG vom 7.3.1930 in MuW 1930, S. 230 (231).
 - 5) Vgl.: OLG München, Beschl. vom 28.6.1955 in NJW 1955, S. 1681; RG vom 27.3.1936 in GRUR 1936, S. 810 (812).
 - 6) Vgl.: BGH vom 27.11.1970 in GRUR 1971, S. 159 (160); BGH vom 3.4.1970 in GRUR 1970, S. 422 (424); BGH vom 10.1.1968 in WRP 1968, S. 282 (284).

Verwendung finden, zeigt überwiegend das neuere Schrifttum¹⁾ insofern eine differenziertere Betrachtungsweise, als der Schutz der Verbraucherinteressen eine gesonderte Bewertung findet. Diese Unterscheidung wird getroffen, da eine Wettbewerbsbehandlung einmal darauf gerichtet sein kann, jedermann anzusprechen, in diesem Falle ist die Allgemeinheit das Ziel, zum anderen können lediglich gewisse Personenkreise angesprochen sein, die einem bestimmten Markt angehören oder nahestehen; dies ist laut Schrickner der "dritte Stand im Wirtschaftsleben, die Verbraucher".²⁾ Indem den Verbänden, zu deren satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen, durch die Einführung des Klagerechts in § 13 Abs. 1a UWG im Jahre 1965³⁾ in den Fällen der §§ 3, 6, 6a, 6b, 7 Abs. 1, 11 und einigen näher bestimmten Fällen des § 1 der Anspruch auf Unterlassung eingeräumt wird, hat die Emanzipation der Verbraucher gesetzliche Anerkennung gefunden. Die Interessen der Verbraucher richten sich auf die Reinerhaltung des Wettbewerbs und insbesondere auf den Erhalt ungestörter Wechselbeziehungen zwischen der freien Gestaltung der Angebote der Wettbewerber und der freien Wahlmöglichkeit und Entscheidungsfreiheit der Verbraucher. Diese schutzwürdigen Interessen können in concreto von den Interessen der Allgemeinheit abweichen, da die Allgemeinheit auch Personenkreise umschließt, die dem Interessenbereich der Verbraucherschaft fernstehen können.

In der Diskussion um den Verbraucherschutz im UWG haben die kritischen Stimmen⁴⁾ u.a. betont, daß ein unmittelbarer Verbraucher-

1) Vgl.: Tetzner (Warentest), S. 730; Droste, K. (Umfrage), S. 323; Schrickner (Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz), S. 32 ff; Burmann (Strukturwandel), S. 75 und (Was darf man in der Werbung sagen?), S. 9; Nastelski (Schutz des Allgemeininteresses), S. 323; Wenzel, S. 52; Baumbach-Hefermehl, Rn. 45 zu Einl. UWG; diese Differenzierung wurde auch schon von Ulmer, S. 772 vertreten.

2) Vgl.: Schrickner (Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz), S. 34.

3) Eingeführt durch das Gesetz vom 21.7.1965 (BGBl. I, S. 625).

4) Vgl.: Samwer, S. 328/329; Burmann (Strukturwandel), S. 72.

schutz einer gesetzlichen Grundlage entbehre, das Wettbewerbsrecht nur in Form einer Reflexwirkung positiven Einfluß auf den Schutz der Verbraucherinteressen habe und eine Ausweitung des Verbraucherschutzes den Interessenschutz der Mitbewerber und der Mitbewerberschaft aushöhlen würde, da die Gefahr bestehe, daß der Wettbewerbsrichter, der selbst Verbraucher sei, den Interessen der Verbraucher näher stehe als den Praktiken und Interessen der Wettbewerber, wodurch die wirtschaftspolitische Neutralität des Wettbewerbsrechts nicht gesichert sei.

Diese Bedenken gegen einen im Wettbewerbsrecht statuierten Verbraucherschutz vermögen nach unserer Ansicht nicht durchzudringen. Das UWG hat die Aufgabe, die Interessen der am Geschäftsverkehr Beteiligten zu schützen, wobei grundsätzlich von der Gleichrangigkeit der Interessen auszugehen ist. Aufgrund des verfassungsmäßig verankerten Sozialstaatsprinzips und der in mehreren Bestimmungen des UWGs zum Ausdruck kommenden Fixierung des Verbraucherschutzes ist die Meinung, das Wettbewerbsrecht habe nur in Form einer Reflexwirkung positiven Einfluß auf den Schutz der Verbraucherinteressen, nicht haltbar. Das Ziel der derzeitigen sozialmarktwirtschaftlichen Gesamtordnung ist es, ein freies Wettbewerbsprinzip mit dem sozialen Fortschritt zu verbinden¹⁾; dieses läßt sich nur realisieren, wenn das Wettbewerbsrecht die Interessen aller Beteiligten - auch der an sich in ihrer Marktposition wenig gesicherten Verbraucher - unter Einbeziehung der Wertgesichtspunkte der gesetzlichen Rahmenordnung berücksichtigt²⁾ und damit einen unmittelbaren Verbraucherschutz anerkennt.³⁾ Dieser Anerkennung kann auch nicht entgegenstehen, daß bei der im Einzelfall zutreffenden Interessenabwägung, die Gefahr besteht, der Richter könne die Interessen der Konsumenten überbetonen, da er selbst Verbraucher sei. Diese Argumentation stellt die Objektivität des Richters überhaupt und insbesondere hinsichtlich der Anwendung von General-

1) Vgl.: Müller-Armack, S. 243.

2) Vgl.: Schricker (Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz), S. 40.

3) Vgl.: Emmerich, S. 22.

klauseln in Frage.¹⁾ Die bisherige wettbewerbliche Rechtsprechung hat die Befürchtung einer besonderen Verbraucherfreundlichkeit trotz einiger Grenzfälle nicht eintreten lassen. Sie ist jedoch gehalten, da die eigenen Marktkenntnisse der urteilenden Richter nur in den seltensten Fällen ausreichen werden, objektive Maßstäbe für die Bestimmung der Verbraucherinteressen zu eruieren, diese durch demoskopische Gutachten oder anderweitig geeignete Ermittlungen festzustellen und sie bei der Prüfung einer konkreten Wettbewerbshandlung gleichwertig neben den Interessen der übrigen am Wettbewerb Beteiligten zu berücksichtigen.

c) Zusammenfassung der Betrachtung über den Schutzgegenstand im Wettbewerbsrecht

Zur Frage des Schutzgegenstandes des Wettbewerbsrechts läßt sich zusammenfassend folgendes feststellen:

(1) Zur Festlegung des vor wettbewerbswidrigen Handlungen zu schützenden Bereiches, mit der Möglichkeit, die Frage, "wen" und "was" das Wettbewerbsrecht schützt, beantworten zu können, und zur Klärung, wann ein mißbräuchliches Verhalten im Wettbewerbsrecht gegeben ist, kann im Wettbewerbsrecht nicht von dem Schutz eines subjektiven absoluten Rechts oder eines gleichrangigen Rechtsgutes ausgegangen werden.

(2) Ziel und Zweck der wettbewerblichen Ordnung ist der Schutz voneinander abhängiger, sich ergänzender, grundsätzlich gleichrangiger, von der wettbewerblichen Ordnung als berechtigt anerkannter privater und kollektiver Wettbewerbsinteressen vor mißbräuchlichen, dem Lauterkeitsgebot des Wettbewerbs widersprechenden Verhaltensweisen, zu deren Feststellung es einer Abwägung aller an einer Wettbewerbssituation beteiligten Interessen bedarf.

1) Vgl.: Nastelski (Schutz der Allgemeinheit), S. 325.

(3) Bei der Interessenabwägung müssen im Einzelfall folgende Interessen berücksichtigt werden:

- (a) Das Interesse der Mitbewerber an der Erlangung von Marktpositionen, die sie befähigen, ihre Leistungen auf dem Markt nach ihren Vorstellungen frei anbieten zu können, verbunden mit dem Interesse an der Erhaltung der von ihnen erlangten wirtschaftlichen Werte und Positionen und das Interesse an der Einräumung der wettbewerblichen Freiheiten, die die Mitbewerber befähigen, sich den wechselnden wirtschaftlichen Gegebenheiten eines lauterer Wettbewerbs anzupassen.
- (b) Die Interessen der Mitbewerbergesamtheit, die auf eine lautere Betätigung der einzelnen Mitbewerber und auf den Bestand und die Reinerhaltung der Wettbewerbsordnung gerichtet sind.
- (c) Das allgemeine Interesse der Verbraucher an der Reinerhaltung des Wettbewerbs und ihr besonderes Interesse an dem Erhalt ungestörter Wechselbeziehungen zwischen der freien Gestaltung der Angebote der Wettbewerber und der freien Wahlmöglichkeit und Entscheidungsfreiheit der Verbraucher.
- (d) Das "Interesse" der Allgemeinheit an einem lauterer Wettbewerb, das kein Interesse im üblichen Sinne darstellt, sondern die Wertfaktoren beinhaltet, die sich auf die gesetzliche Rahmenordnung gründen und die Sicherung der Funktionen einer gesamtwirtschaftlichen Ordnung vor Wettbewerbsauswüchsen gewährleisten sollen.

3. Die wettbewerblichen "guten Sitten" als Entscheidungskriterium des § 1 UWG

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß der Wunsch, das Wirtschaftsleben in einem lautereren Rahmen zu gestalten, dem wohlverstandenen Interesse aller Marktteilnehmer und der sonstigen Allgemeinheit entspricht. Die trotz dieser gemeinsamen Zielrichtung im Wettbewerb ständig auftretenden Interessenkollisionen können vor dem Hintergrund eines sich in seinen Erscheinungsformen ständig ändernden Wettbewerbs nur durch die Abwägung der konkurrierenden Interessen gelöst werden. Neben den Spezialtatbeständen hat das UWG dem Richter für diese Abwägung und damit für die Abgrenzung der unlauteren, von den wettbewerbsgemäßen Handlungen die Generalklausel des § 1 UWG an die Hand gegeben, die wie § 826 BGB den unbestimmten Rechtsbegriff der "guten Sitten" enthält. Ein Sittenverstoß wird im bürgerlichen Recht nach anerkannter Rechtsauffassung dort angenommen, wo eine Handlungsweise dem "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht."¹⁾ Der für die gesamte Rechtsordnung und damit auch für das Wettbewerbsrecht geltende, überwiegend anerkannte Grundsatz, daß sich die "guten Sitten" nur in ihrer Sachbezogenheit unter Berücksichtigung der Anschauungen der jeweils Beteiligten bestimmen lassen, macht auch im Wettbewerbsrecht eine sachbezogene Relativierung dieses Begriffes erforderlich.²⁾ Ausgehend von der Funktionsbezo-

1) Vgl.: Palandt-Thomas, § 826 Anm. 2; BGB-RGRK-Krüger-Nieland, § 138 Anm. 1; RG vom 11.4.1901 in RGZ 48, S. 114 (124).

2) Vgl.: Burmann (Wettbewerb), S. 247; v. Godin (Verstoß), S. 129; Baumbach-Hefermehl, Rn. 67 zu Einl. UWG; demgegenüber wird von einem Teil des Schrifttums (vgl. Fikentscher (Wettbewerb), S. 108; Hubmann (Rechtsschutz), S. 245; Kraft, S. 133/134; Droste, K. (Gute Sitten), S. 789), die Ansicht vertreten, der Begriff der "guten Sitten" sei für das gesamte Recht einheitlich und erhalte lediglich durch die subjektiven Anschauungen der Beteiligten seine maßgebliche Richtung.

genheit des Wettbewerbsrechts ist daher mit der hM als wettbewerbswidrig zu bezeichnen, was gegen das Anstandsgefühl der am Wettbewerb Beteiligten, genauer aber, was gegen das Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und die Vorstellungen der beteiligten Verkehrskreise und der Allgemeinheit verstößt¹⁾; dabei ist die Sittenwidrigkeit nicht am Erfolg der Wettbewerbshandlung, sondern an dem Handlungswert der eingesetzten Wettbewerbsmethoden zu messen.²⁾

4. Die Bedeutung der ermittelten wettbewerbsrechtlichen Grundsätze für die Abwehr

Mit der eingangs gemachten Feststellung, daß die Abwehr wettbewerbswidriger Angriffe grundsätzlich die Verfolgung von Wettbewerbszwecken beinhaltet und die Abwehrhandlungen dementsprechend nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sind, wobei neben den Spezialtatbeständen des UWG der zum § 1 UWG entwickelten Kasuistik des Richterrechts besondere Bedeutung zukommt, werden die "guten Sitten" zum primären Entscheidungskri-

1) Vgl.: Nastelski (Schutz der Allgemeinheit), S. 323/324; Baumbach-Hefermehl, Rn. 78 bis 80 zu Einl. UWG; BGH vom 19.10.1966 in GRUR 1967, S. 138 (141); BGH vom 19.6.1970 in GRUR 1970, S. 523 (524); BGH vom 12.1.1972 in GRUR 1972, S. 553 (553); a.A.: Burmann ((Strukturwandel), S. 75), für den es bei der Frage der Unlauterkeit nur auf das Anstandsgefühl der Durchschnittsgewerbetreibenden und der beteiligten Verkehrskreise (Verbraucher), nicht aber auf die Anschauungen der Allgemeinheit ankommt. Diese Ansicht, die in Schwartz (S. 342) einen weiteren Vertreter hat, widerspricht der nach unserer Ansicht notwendigen Einbeziehung der Belange der Allgemeinheit. Auch der Meinung Tetzners ((Vergleichende Werbung), S. 277), der auf die Vorstellungen der Gewerbetreibenden oder der Allgemeinheit abstellen will, kann nicht gefolgt werden, da damit ein Minderheiteninteresse jederzeit das Interesse der Allgemeinheit an der Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung zu Fall bringen könnte.

2) Vgl.: Burmann (Marktbezogene Unlauterkeit), S. 395.

terium der Zulässigkeit einer Abwehrmaßnahme. Grundlage der Bewertung der Handlungen des sich auf die Abwehrsituation berufenen Wettbewerbers müssen die für alle Wettbewerbshandlungen gleichermaßen geltenden Grundsätze des wettbewerblichen Interessenschutzes sein. Die Entscheidung, ob einer an sich unlauteren Wettbewerbshandlung der Makel der Wettbewerbswidrigkeit dadurch genommen wird, daß es sich um eine Maßnahme handelt, die das gebotene Mittel zur Abwehr eines wettbewerbswidrigen Angriffs darstellte, kann somit nur durch eine Gesamtwürdigung des Verhaltens nach den Umständen des Einzelfalles unter besonderer Berücksichtigung aller an dieser Wettbewerbssituation beteiligten Interessen gewonnen werden.¹⁾ Im Vordergrund stehen hierbei naturgemäß zunächst die Interessen der unmittelbar an der Abwehrsituation beteiligten Wettbewerber - die Interessen des Angreifers und des Abwehrenden. Das Interesse des Abwehrenden an der vor illegalen Wettbewerbsmethoden geschützten, freien Betätigung auf dem Markt und der Kompensation etwaig eingetretener Beeinträchtigungen seiner Interessen konkurriert dabei mit den Interessen des Angreifers, die seinem die Abwehrmaßnahme auslösenden Angriff zugrunde lagen, sowie den Interessen, die durch die Abwehrmaßnahme betroffen wurden.²⁾ Bei der Prüfung der Legalität der Abwehrmaßnahmen sind aber neben der Abwägung der Auswirkungen auf die Interessen der beiden Konkurrenten auch die Belange der übrigen Marktbeteiligten und der Allgemeinheit gesamtwürdigend zu berücksichtigen. Der Bewertungsmaßstab für die Beurteilung einer Abwehrmaßnahme richtet sich damit, entsprechend dem funktionsbezogenen Begriff der wettbewerblichen Sittenwidrigkeit, nach dem Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und den Vorstellungen der beteiligten Verkehrskreise sowie der Allgemeinheit,

1) Vgl.: Kraft, S. 265; Eichmann, S. 199 und dort Fußnote Nr. 396; BGH vom 19.10.1966 in GRUR 1967, S. 138 (140).

2) Vgl.: Kraft, S. 266: "Angriff bedeutet Verletzung rechtlich geschützter Interessen durch rechtlich nicht gebilligte Mittel; Verteidigung ist jede Maßnahme, die dazu dient, diese Interessenverletzung zu kompensieren, nach Möglichkeit zu verhindern."

mit dem besonderen Augenmerk auf die für das Abwehrmoment geltenden Grundsätze.

Zu diesen Grundsätzen - deren Bestimmung ein Hauptanliegen dieser Untersuchung ist - wird seitens des überwiegenden Teils der Rechtslehre und der Rechtsprechung immer wiederkehrend betont, daß eine Verteidigungshandlung nur dann zulässig sein könne, wenn sich ihre Wirkung zwischen den betreffenden Kampfgenossen entfalte; der Abwehreinwand müsse jedoch versagen, wenn auch Rechte oder Interessen außerhalb des Angriffs stehender Personenkreise oder die Belange der Allgemeinheit beeinträchtigt würden.¹⁾ Wir werden zeigen, daß diese Einschränkung der tauglichen Abwehrmöglichkeiten in dieser Absolutheit nicht haltbar ist. Wenn Kraft²⁾ schon die "Einwirkung" auf Interessen Dritter oder Belange der Allgemeinheit zum Kriterium der Unzulässigkeit einer Abwehrhandlung werden läßt und lt. Tetzner³⁾ die Rechtssphäre unbeteiligter Dritter niemals durch eine Abwehrhandlung "tangiert" werden darf, so sehen wir darin einen Widerspruch zu dem hier vertretenen Grundsatz, der die Zulässigkeit eines Abwehrverhaltens anhand einer Gesamtwürdigung der an der betreffenden Wettbewerbssituation beteiligten Interessen bestimmt.⁴⁾

Der Standpunkt der hM, Abwehrhandlungen dürften nicht Rechte Dritter oder Belange der Allgemeinheit beeinträchtigen, kann unter Berücksichtigung der im Einzelfall vorzunehmenden Interessenabwä-

1) Vgl.: Callmann, § 1 Rn. 21; Godin-Hoth, § 1 UWG Anm. 33 a.E.; Daumbach-Hefermehl, Rn. 308 zu Einl. UWG; Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 92; Reimer-Pastor, S. 377; Kraft, S. 266; Tetzner (Kommentar zum UWG), S. 59 (Tz. 68 a.E.); Erichsen (Diss.), S. 37 und (GRUR 1958), S. 427; RG vom 15.3.1939 in GRUR 1940, S. 165 (166); BGH vom 22.2.1957 in BGHZ 23, S. 365 (376); BGH vom 30.11.1966 in GRUR 1967, S. 308/310.

2) Vgl.: Kraft, S. 266.

3) Vgl.: Tetzner (Kommentar zum UWG), S. 59, Tz. 68, a.E.

4) Vgl.: Eichmann (S. 199): "Da die Abwehrmaßnahme nicht nur zwischen den Kontrahenten sondern auch in der Sphäre der Umworbenebenen spielt, müssen auch deren Interessen berücksichtigt werden."

gung nur als ein Erfordernis aufrechterhalten werden, das Ausnahmen zuläßt.¹⁾ Unter bestimmten Voraussetzungen kann eine Verteidigungshandlung zulässig sein, durch die neben dem Angreifer auch sonstige Konkurrenten betroffen werden, wenn diese Maßnahmen die Interessen des Angegriffenen in gebotener Weise zu schützen und darüber hinaus den Interessen der Allgemeinheit zu dienen vermögen. Dieses betont z.B. die Entscheidung des BGH vom 10.1.1968²⁾; hier werden die nachteiligen Auswirkungen einer in Abwehr erfolgten Presseveröffentlichung auf die Interessen sonstiger Mitbewerber durch ein schutzwürdiges Interesse des Abwehrenden und ein ernsthaftes Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung der Öffentlichkeit gedeckt.

Von dem Grundsatz der hM, die Abwehr dürfe kein Drittinteresse verletzen und nicht in die Belange der Allgemeinheit eingreifen, müssen weiterhin dann Ausnahmen zugelassen werden, wenn elementare Interessen des angegriffenen Wettbewerbers gefährdet sind; in diesem Fall müssen unter bestimmten Voraussetzungen auch kollektive Interessen hinter den privaten Interessen des Abwehrenden zurücktreten. Beispielhaft hierfür sind u.a. die Fälle der an sich unzulässigen Alleinstellungswerbung als abwehrende Maßnahme, wenn der Angreifer eine unfundierte Alleinstellungswerbung betrieben hat, die sich in besonderer Weise auch auf den Abwehren-

1) In einer Entscheidung hat der BGH eine Formulierung benutzt, die unsere Meinung zu bestätigen scheint; dort (BGH vom 8.4. 1960 in GRUR 1960, S. 431 (433)) heißt es: "Etwas anderes kann allerdings gelten, wenn das beanstandete Verhalten nur die unumgängliche notwendige Abwehr eines auf ihn bezüglichen Angriffs des Klägers darstellt und nicht über das zur Abwehr notwendige Maß in die Belange der Allgemeinheit oder der übrigen Mitbewerber eingreift." Baumbach-Hefermehl (Rn. 308 zu Einl. UWG), die der hM folgen, überschreiben diesen Abschnitt wie folgt: "Die Abwehrmaßnahme darf grundsätzlich nicht in Rechte oder schutzwürdige Interessen Dritter eingreifen."

2) Vgl.: BGH vom 10.1.1968 in WRP 1968, S. 282 (283/284).

den bezog.¹⁾ Sollte in einem so gelagerten Fall infolge des wettbewerbswidrigen Verhaltens des Angreifers eine unmittelbare Gefährdung der wettbewerblichen Existenz des Angegriffenen drohen, so müßte das Interesse der Allgemeinheit an der Freihaltung des Wettbewerbs von unlauteren Werbemaßnahmen zugunsten der Interessen des Abwehrenden zurücktreten, und die an sich unlautere Alleinstellungswerbung könnte im Einzelfall als Abwehrmaßnahme zulässig sein.

Im Rahmen der Erarbeitung der Voraussetzungen einer berechtigten Abwehrhandlung (3. Kap.) werden die Gegebenheiten derartiger Ausnahmefälle Gegenstand näherer Untersuchung sein; es kann hier jedoch bereits festgestellt werden, daß die Grenzen dieser Ausnahmen dort liegen, wo Abwehrhandlungen geeignet sind, Dritte oder die Allgemeinheit irrezuführen (§ 3 UWG) oder anderweitige grobe Störungen des Wettbewerbsfriedens hervorzurufen. Seitens der hM wird eingeräumt, daß durch ein generelles Verbot der Verletzung von Rechten Dritter der Zulässigkeitsbereich des Abwehreinwandes stark eingeschränkt wird.²⁾ Die Zulassung von Ausnahmen führt dagegen, wie wir zeigen werden, zu dem praktisch vernünftigen und dem wohlverstandenen Interesse aller Marktbeteiligten und der Allgemeinheit entsprechenden Ergebnis, daß eine Abwehrhandlung, die zwar in bestimmtem Maße in Drittinteressen einwirkt, trotzdem zulässig bleiben und ihre Gegenwirkung zeitigen kann, wodurch die seitens des Angreifers ausgelösten Störungen des Wettbewerbsfriedens unter bestimmten Voraussetzungen am ehesten beseitigt werden können.

Die Bedeutung der ermittelten wettbewerblichen Grundsätze für die Abwehr läßt sich aus alledem wie folgt zusammenfassen:

1) Diese Abwehrsituation zeigt Joetze (S. 152) an einem der RG-Entscheidung vom 12.12.1930 (RGZ 131, S. 75 ff) nachempfundenen Beispiel sehr plastisch: "Gesetzt, die Klägerin hätte mit Mitteln der Massenreklame den Satz "Chlorodont, die beste Zahnpasta der Welt" propagiert, worauf die Beklagten mit dem Slogan "Ja, aber Odol ist besser" entgegnet hätten."

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 308 zu Einl. UWG.

- (1) Abwehrhandlungen unterliegen der Beurteilung der allgemeinen Wettbewerbsordnung, wobei der Kasuistik des Richters zu § 1 UWG besondere Bedeutung zukommt.
- (2) Entscheidendes Kriterium für die Bewertung der Abwehrhandlungen sind die "guten Sitten" im Wettbewerb.
- (3) Grundlage der Bewertung einer Abwehrmaßnahme muß der für alle Wettbewerbshandlungen gleichermaßen geltende wettbewerbliche Interessenschutz sein. Diese Bewertung kann nur durch eine Gesamtwürdigung des Abwehrverhaltens nach den Umständen des Einzelfalles, unter besonderer Berücksichtigung aller an der Abwehrsituation beteiligten Interessen erfolgen.
- (4) Der wettbewerbliche Interessenschutz erfordert, daß der Standpunkt der hM, Abwehrhandlungen dürften nicht Rechte Dritter oder Belange der Allgemeinheit beeinträchtigen, als Grundsatz anerkannt wird, der jedoch unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen zuläßt.

3. KAPITEL: VORAUSSETZUNGEN DES ABWEHREINWANDES

Im Anschluß an die Betrachtung grundsätzlicher Zusammenhänge des Wettbewerbsrechts und ihre Bedeutung für das Abwehrproblem stellt sich die für die Wettbewerbspraxis wichtige Frage, unter welchen Voraussetzungen Abwehrmaßnahmen zuzulassen sind. Da die Stellungnahmen des Schrifttums zu dieser Frage den jeweiligen Standpunkt der Rechtsprechung kritisch beleuchten, erscheint es der plastischen Anschaulichkeit dieses Fragenkomplexes förderlich zu sein, wenn die Diskussion der Voraussetzungen berechtigten Abwehrverhaltens anhand der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze geführt wird. Dazu bedarf es zunächst einer kurzen Skizzierung

der dort hauptsächlich bezogenen Standpunkte.¹⁾ Nach erfolgter kritischer Betrachtung der seitens der Rechtsprechung aufgestellten einzelnen Erfordernisse zulässigen Abwehrverhaltens unter Berücksichtigung der Stellungnahmen in der Literatur soll eine eigene Definition des Abwehreinwandes gegeben werden.

I. Übersicht der seitens der Rechtsprechung erörterten Gesichtspunkte

Die grundlegende neuere Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 22. Januar 1971²⁾ bestimmt die Erfordernisse wie folgt: "Denn für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung kommt es von vornherein auf das Gesamtverhalten nach seinem konkreten Anlaß, Zweck, Mittel, seinen Begleitumständen und Auswirkungen an, so daß die Abwehrlage, der Abwehrzweck und die Notwendigkeit der Abwehrmaßnahme bereits bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit mit berücksichtigt werden müssen." Eine Konkretisierung dieser Grundsätze erfolgt an gleicher Stelle dahingehend, daß die Sondersituation bei der Abwehr gegnerischen unlauteren Wettbewerbs (d.h. bei einem rechtswidrigen Angriff) eintrete und der betroffene Mitbewerber dann nicht ausschließlich auf die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe verwiesen werden könne, wenn dadurch dem wettbewerbswidrigen Angriff nicht ausreichend gewehrt werden könne, insbesondere einer bereits eingetretenen und noch fortdauernden Schadensentwicklung nicht hinreichend begegnet würde.

Die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes forderte in Fortführung der vom Reichsgericht entwickelten Grundsätze, daß die Abwehrmaßnahme notwendig gewesen sei und mit der beanstandeten Handlung des Klägers derart in Zusammenhang stehen müsse, daß

1) Dabei soll zur Vermeidung doppelten Zitierens die umfassende Angabe der zu den einzelnen Merkmalen ergangenen Entscheidungen bis zu ihrer speziellen Erörterung zurückgestellt werden.

2) Vgl.: BGH vom 23.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (223).

sie als taugliches und adäquates bzw. angemessenes Mittel angesehen werden könne, wobei zu beachten sei, daß sie sich im Rahmen der Wahrheit halte¹⁾. Darüber hinaus betonten einige Entscheidungen, daß eine zulässige Abwehrhandlung sich erkennbar auf den vorausgegangenen Angriff beziehen müsse²⁾ und nicht in Rechte oder schutzwürdige Interessen Dritter eingreifen dürfe.³⁾

Die Ergebnisse der reichsgerichtlichen "Abwehrrechtsprechung" spiegelten sich in einigen späteren Entscheidungen wieder, die bestimmten, daß zulässige Abwehrhandlungen sich in den Grenzen des Sachlichen halten müßten, sowie daß sie geeignet, bestimmt und auch notwendig gewesen seien, einen gegenwärtigen Angriff des anderen Teils in erkennbarer Weise unschädlich zu machen⁴⁾, ohne selbst einen eigenen wettbewerbswidrigen Angriff auf den Mitbewerber zu beinhalten⁵⁾. Neben diesen größtenteils auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aufgestellten Erfordernissen findet sich darüber hinaus das Gebot, daß die Abwehr gleicher Art sein müsse wie der Angriff⁶⁾.

II. Kritische Betrachtung der danach zu prüfenden Einzelerfordernisse

Es ist selbstverständlich, daß dieser kurze Überblick die im einzelnen differenzierteren Stellungnahmen der Rechtsprechung nicht

1) Vgl.: BGH vom 12.3.1954 in GRUR 1954, S. 337 (341/342); BGH vom 5.6.1956 in GRUR 1957, S. 23 (24).

2) Vgl.: BGH vom 8.4.1952 in GRUR 1952, S. 582 (584); BGH vom 29.3.1960 in GRUR 1961, S. 237 (241); OLG Bamberg, Beschl. vom 20.3.1953 in GRUR 1953, S. 255 (258).

3) Vgl./ BGH vom 22.2.1957 (I ZR 68/56) in GRUR 1957, S. 365 (368).

4) Vgl.: RG vom 20.7.1938 in GRUR 1939, S. 72 (77); RG vom 1.7. 1939 in GRUR 1939, S. 982 (988); RG vom 20.12.1939 in GRUR 1940, S. 307 (308).

5) Vgl.: RG vom 25.5.1937 in MuW 1937, S. 386 (389).

6) Vgl.: RG vom 25.1.1935 in MuW 1935, S. 151 (154).

erfassen kann. Erkennbar sind jedoch die Schwerpunkte, denen die Rechtsprechung bei der Beurteilung der Abwehrmaßnahmen Gewicht beigemessen hat, wobei uns bewußt sein muß, daß die Einschätzung berechtigten Abwehrverhaltens seitens der Rechtsprechung einem stetigen, wenn auch in mancher Hinsicht nur geringen Wandel unterworfen war.

Die folgende, aus den angeführten Stellungnahmen gewonnene Systematisierung der von der Rechtsprechung angesprochenen Erfordernisse berechtigten Abwehrverhaltens wird uns sodann als Disposition für die kritische Einzelbetrachtung der Abwehrvoraussetzungen dienen.

1. Bestehen einer Abwehrlage
 - a) Rechtswidriger Angriff
 - b) Gegenwärtigkeit des Angriffs
2. Erforderlichkeit (Notwendigkeit) der Abwehrhandlung
 - a) Keine andere Möglichkeit des Vorgehens gegen den Angreifer (Gebotenheit des Abwehrmittels)
 - b) Tauglichkeit des Abwehrmittels
 - aa) Objektive Eignung des Abwehrmittels
 - bb) Zusammenhangserfordernis zwischen Angriff und Abwehr
 - cc) Gleichartigkeit des Abwehrmittels
 - dd) Erkennbarkeit des Abwehrmittels
 - c) Verhältnismäßigkeit (Adäquanz) des Abwehrmittels
 - d) Sachlichkeit der Abwehr
3. Identitätserfordernis zwischen Angreifer und dem durch die Abwehrmaßnahme Betroffenen
4. Wahrhaftigkeit des Abwehrmittels
5. Abwehrzweck (kein eigener Angriff)

1. Bestehen einer Abwehrlage

In Literatur und Rechtsprechung findet heute nahezu allseitige Anerkennung, daß sich das Abwehrproblem - in naher Verwandtschaft zu den Grundsätzen der allgemeinen Notwehrlehre - nur bei Bestehen einer Abwehrlage stellt, d.h., wenn der Wettbewerb durch einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff gestört wird, den der Angegriffene mit einer Verteidigungshandlung beantwortet, die für sich betrachtet ebenfalls dem Lauterkeitsgebot des Wettbewerbs widerspricht.

a) Rechtswidriger Angriff

Als erste Voraussetzung einer Abwehrsituation wird daher allgemein ein rechtswidriger, hier wettbewerbswidriger Angriff eines oder mehrerer Mitbewerber gefordert, wobei unter Angriff jede auf die Verletzung wettbewerbsrechtlich geschützter Interessen gerichtete Wettbewerbshandlung verstanden wird.¹⁾ Die langwährende Diskussion darüber, ob Abwehr auch gegen nicht rechtswidrige Angriffe zulässig sei²⁾, kann - letzten Endes aufgrund der eindeutigen Stellungnahmen der jüngeren Rechtsprechung, die die teilweise unklare und in sich widersprüchliche frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts ablöste - als beigelegt betrachtet werden.

Droste³⁾, der ebenfalls die Ansicht vertritt, daß eine berechtigte Abwehrhandlung nur bei Vorliegen eines rechtswidrigen An-

1) Vgl.: Staudinger-Coing, § 227 Rn. 3; Vogt, S. 144; RG vom 26.11.1937 in GRUR 1938, S. 127 (129); RG vom 8.11.1943 in GRUR 1944, S. 34 (35); BGH vom 7.6.1967 in GRUR 1968, S. 382 (385); OLG Stuttgart vom 28.12.1954 in NJW 1955 (S. 389).

2) Vgl.: Rosenthal-Leffmann, S. 122/123; Reimer, E., S. 869, Rn. 5; Koehne, S. 67; Isay, R., S. 1379; RG vom 29.1.1918 in RGZ 92, S. 111 (113); RG vom 6.11.1923 in JW 1927, S. 112 (113).

3) Vgl.: Droste (Abwehr), S. 507 (517 f.).

griffs zulässig sein könne, hat die Frage aufgeworfen, ob in bestimmten Fällen von dieser Voraussetzung Ausnahmen zuzulassen sind¹⁾. Er verweist auf die "Angriffe" durch marktschreierische Reklame, die seitens der Verbraucherschaft als solche erkannt und nicht ernstgenommen wurde und demgemäß nicht in jedem Falle unlauter zu sein braucht²⁾, die aber dennoch die Belange der Mitbewerber u.U. empfindlich beeinträchtigen könnte, ja sogar eine Schädigung der Konkurrenz nach sich ziehen könnte. Droste fragt, ob bei derartigen Gegebenheiten nicht eine "Abwehrwerbung" zuzulassen sei, obwohl kein rechtswidriger Angriff vorläge.

Dieses ist unserer Ansicht nach aus zwei Gründen zu verneinen. Ausgehend von der durch Droste in seinem Fallbeispiel gesetzten Prämisse, daß die marktschreierische Reklame von den Verbrauchern nicht ernst genommen wurde, kann - wenn nicht weitere, die Unlauterkeit bestimmende Umstände hinzutreten - die Annahme einer Schädigung der Konkurrenz als nicht realistisch bezeichnet werden. Der durch derartige Reklame erlangte "Bekanntheitsvorsprung" des Artikels, der hier den alleinigen Schaden darstellen könnte, kann von der Konkurrenz mit lauterer Wettbewerbsmitteln - so etwa ebenfalls durch erkennbar marktschreierische Mittel - ausgeglichen werden; die Notwendigkeit einer Abwehrmaßnahme kann sich sogar nicht ergeben. Werden demgegenüber jedoch durch derartige Werbemethoden wirklich einmal schutzwürdige Interessen der Konkurrenz verletzt, so wird die Grenze des lauterer Wettbewerbs überschritten und die Möglichkeit einer Abwehrmaßnahme, z.B. eines Abwehrvergleichs, eröffnet. Ein Bedürfnis, für besondere Fälle eine Ausnahmeregelung zu schaffen, ist demzufolge nicht ersichtlich. Allein scharf formulierte wettbewerbliche Erklärun-

1) Vgl. in diesem Sinne auch Eichmann, S. 197. Dieser meint, "daß das Erfordernis der Rechtswidrigkeit des Angriffs nicht engherzig ausgelegt werden sollte. Es gibt Fälle, bei denen der nichtjuristische Betrachter sagen wird, der Werbungstreibende befinde sich in Abwehr, obwohl die Rechtswidrigkeit eines vorangegangenen, gezielten Angriffs nicht feststeht."

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 55 zu § 3 UNG.

gen oder unbequemes Verhalten eines Mitbewerbers wie z.B. die Preisunterbietung, vermag, solange die Grenze des Erlaubten eingehalten wird, keine Abwehrsituation auszulösen.¹⁾

Abwehrmaßnahmen in dem hier behandelten Sinne setzen ein wettbewerbswidriges Verhalten eines Konkurrenten voraus; dabei ist es für das auslösende Abwehrmoment unmaßgeblich, ob der Angreifer schuldhaft gehandelt hat,²⁾ da die Rechtswidrigkeit einer konkreten wettbewerblichen Verletzungshandlung gegeben ist, wenn der gesetzliche objektive Tatbestand erfüllt ist. Infolge der Sonderregelung des § 13 Abs. 3 UWG macht es keinen Unterschied, ob der Angriff durch einen Angestellten oder Beauftragten eines Mitbewerbers geführt worden ist, da das UWG dem Betriebsinhaber keine Exkulpationsmöglichkeit im Sinne des § 831 BGB für die Wettbewerbsverstöße³⁾ seiner Angestellten oder Beauftragten einräumt; Verletzer ist auch in diesen Fällen immer der Betriebsinhaber.⁴⁾ Konsequenzen dieser strengen Haftung des Betriebsinhabers bestehen für die Abwehrproblematik zum einen darin, daß Abwehrmaßnahmen mit Geltung für den Betriebsinhaber auch gegen dessen Angestellte getroffen werden können⁵⁾ und zum

1) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 375; Baumbach-Hefermehl, Rn. 304 zu Einl. UWG.

2) Vgl.: BGH vom 30.11.1966 in GRUR 1967, S. 308 (311); Krieger, Anm. zu dieser Entsch., GRUR 1967, S. 313 (314); Joetze, S. 149; Baumbach-Hefermehl, Rn. 304 zu Einl. UWG; Reimer-Pastor, S. 377; Reimer, D., S. 128; Tetzner, Vorbem. Rn. 68 (S. 59); Ulmer-Reimer, S. 317 Fußnote Nr. 229.

3) In § 13 Abs. 3 sind zwar nur die Handlungen genannt, die gem. §§ 1, 3, 6, 6a, 6b, 8, 10, 11 und 12 unzulässig sind; gem. § 10 findet § 13 Abs. 3 aber auch Anwendung auf §§ 7, 7a, 7b, 7c und 9a und gem. §§ 14 Abs. 3, 15 Abs. 2 und 16 Abs. 4 auch auf §§ 14, 15 und 16. Ausgenommen sind allein die Vorschriften der §§ 17 - 20.

4) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 47; Baumbach-Hefermehl, Rn. 33 zu § 13; BGH vom 24.4.1963 in GRUR 1963, S. 434 (435); OLG Stuttgart vom 6.7.1955 in WRP 1955, S. 250.

5) Vgl.: RG vom 15.10.1938 in JW 1939, S. 44 (45); Baumbach-Hefermehl, § 13 Rn. 34.

anderen darin, daß Angestellte und Beauftragte mit Wirkung für ihren Betriebsinhaber abwehrend tätig werden können.¹⁾

Die Vielgestaltigkeit wettbewerblichen Verhaltens impliziert eine breite Skala möglicher Wettbewerbsverstöße, die grundsätzlich alle geeignet sind, auslösendes Moment einer Abwehrreaktion zu sein, wenn sie direkt oder indirekt in die geschützte Wettbewerbssphäre eines Mitbewerbers eingreifen.²⁾ Im Vordergrund stehen naturgemäß die Wettbewerbsverstöße, die sich unmittelbar gegen einen anderen Wettbewerber richten, wobei zu-
meist jedoch mittelbar auch die Interessen der darüber hinaus an der Wettbewerbssituation indirekt Beteiligten betroffen werden, da der Angreifer auch gegenüber anderen Konkurrenten einen ungehörigen Vorsprung erlangen kann oder aber eine eintretende Wettbewerbsverzerrung den Interessen der Verbraucher oder Belangen der Allgemeinheit zuwiderläuft³⁾. Besonderes Gewicht kommt hier neben einigen Fällen der "Nachahmung fremder Leistung"⁴⁾ und den Fällen des "ungehörigen Vorsprungs durch Rechtsbruch"⁵⁾, insbesondere den Tatbeständen der "Behinderung"⁶⁾ zu, sei es, daß der Mitbewerber durch Maßnahmen der "Marktbehinderung", des "Boykotts" oder aber - und das sind

1) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 8.

2) Vgl.: Ulmer-Reimer, S. 317; Reimer, D., S. 128; Droste (Diss.), S. 57; Seubert, S. 966; Bussmann (Bezugnahme), S. 845; Eichmann, S. 197; Erichsen (Diss.), S. 30/31 und (GRUR 1958) S. 425/426.

3) Vgl.: BGH vom 18.12.1968 in BB 1969, S. 290/291; BGH vom 8.7.1955 in GRUR 1955, S. 541 (542).

4) Bis zur näheren Stellungnahme soll hier die Systematik wettbewerblicher Tatbestände bei Baumbach-Hefermehl zugrunde gelegt werden. Vgl. dort: § 1 UWG Rn. 366 ff.

5) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG Rn. 531 ff; so hat z.B. das OLG Hamburg in seiner Entscheidung vom 2.6.1954 in WRP 1955, S. 133 (135) die planmäßige Abwerbung von wichtigen Angestellten eines Wettbewerbers als Abwehrmaßnahme gegen ein vertragsverletzendes, sittenwidriges Verhalten eines Mitbewerbers anerkannt.

6) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 150 ff.

die häufigsten Fälle - durch "bezugnehmende Werbehandlungen" zu erreichen sucht, die Marktchancen des Konkurrenten zu schmälern.

Neben diesen Wettbewerbsverstößen, die sich primär gegen den einzelnen Konkurrenten richten, vermögen auch diejenigen wettbewerbswidrigen Handlungen eine Abwehrsituation auszulösen, die zwar auf die Umworbenen oder die breitere Öffentlichkeit gezielt werden, mittelbar aber auch die Interessen der Mitbewerbergesamtheit und damit den einzelnen Konkurrenten treffen können, wenn die Maßnahmen geeignet sind, in wettbewerbswidriger Weise das wettbewerbliche Gleichgewicht zuungunsten des einzelnen Mitbewerbers zu beeinträchtigen¹⁾. Musterbeispiele hierfür sind die bei Baumbach-Hefermehl unter dem Kennwort "Kundenfang"²⁾ aufgeführten Tatbestände sowie die gem. § 3 UWG verbotenen irreführenden Angaben.

Dem Wettbewerbsrichter obliegt somit bei der Feststellung einer Abwehrlage zunächst die im Einzelfall schwierige Aufgabe, die Grenze zwischen nur ungewöhnlichen oder scharfen "Angriffsmitteln", die sich noch im Rahmen lauterer Wettbewerbsverhaltens bewegen, und solchen, die das Lauterkeitsgebot verletzen, zu ziehen. Dazu tritt häufig in Fällen langjährigen Konkurrenzkampfes die Schwierigkeit der Feststellung, welche Partei den ersten Stein geworfen hat³⁾. Hatte das Reichsgericht⁴⁾ noch den Standpunkt vertreten, daß es bei dieser Sachlage nicht stets so sehr auf den Abwehrcharakter ankomme, so daß zu unterscheiden wäre, ob der Beklagte oder der Kläger sich in Verteidigungsstellung

1) Vgl.: BGH vom 8.4.1952 in GRUR 1952, S. 582 (584); BGH vom 5.10.1956 in GRUR 1957, S. 123 (124/125); RG vom 20.7.1938 in GRUR 1939, S. 72 (78); Ulmer-Reimer, S. 317; Droste (Diss.), S. 57; Seubert, S. 966; Bussmann (Bezugnahme), S. 845.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 4 ff.

3) Vgl.: RG vom 13.12.1929 in MuW 1930, S. 121 (122); RG vom 14.6.1929 in GRUR 1929, S. 1214 (1215); ähnlich auch das OLG Stuttgart vom 12.10.1961 in BB 1962, S. 350.

4) Vgl.: RG vom 20.5.1931 in MuW 1931, S. 541 (543).

befunden habe, fordert die heutige Rechtsprechung¹⁾ und der überwiegende Teil des Schrifttums²⁾ im Interesse des lautereren Wettbewerbs zu Recht in jedem Falle von den Beklagten den Beweis dafür, daß seiner Abwehrmaßnahme ein wettbewerbswidriger Angriff des Klägers vorausging.

b) Gegenwärtigkeit des Angriffs

Die Abwehrlage bedingt weiterhin, daß der rechtswidrige Angriff gegenwärtig ist. Nach den allgemeinen Regeln der Notwehrlehre ist ein Angriff gegenwärtig, wenn er unmittelbar bevorsteht, in Ausführung begriffen ist oder vorausging und bis in die Gegenwart fortwirkt, d.h. noch andauert oder eine Wiederholung der Angriffshandlung unmittelbar zu befürchten ist.³⁾ Die Gegenwärtigkeit des Angriffs erfordert danach nicht in jedem Fall, daß es bereits zu einer Verletzung des Angegriffenen gekommen ist, es genügt, wenn der Angriff unmittelbar bevorsteht, denn auch heute noch gilt der - vom BGH in seiner Entscheidung vom 7.11. 1972 zitierte - klassische Satz des Art. 140 PGO (1532)⁴⁾: der Angegriffene "ist auch mit seiner gegenweer, bisz er geschlagen wirdt, zu warten nit schuldig".⁵⁾ Die unbestimmte Möglichkeit eines zukünftigen Angriffs kann dagegen nicht zu Notwehrhandlungen berechtigen⁶⁾. Wird der Beginn der Gegenwärtigkeit des Angriffs somit seitens der Notwehrlehre relativ genau bestimmt,

1) Vgl.: BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (223) und die auf S. 50 in Fußnote Nr. 2 angegebene Rechtsprechung.

2) Vgl. o. S. 48 Fußnote Nr. 1.

3) Vgl.: Staudinger-Coing, § 227 Rn. 5; Soergel-Mormann, § 227 Rn. 6; Schoenke-Schröder, Rn. 13 zu § 32; Dreher, § 32 Rn. 8 und 9.

4) Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 (constitutio criminalis Carolina).

5) Vgl.: BGH vom 7.11.1972 in NJW 1973, S. 255.

6) Vgl.: Soergel-Mormann, § 227 Rn. 6; Staudinger-Coing, § 227 Rn. 5; Dreher, § 32 Rn. 9.

so vermag sie hinsichtlich der oberen zeitlichen Grenze der Gegenwärtigkeit keine präzisen Fixpunkte zu setzen. So heißt es bei Dreher¹⁾ "in der Ausführung begriffen ist ein Angriff, solange er dauert, sich insbesondere der Angriffserfolg vergrößert"; so daß z.B. gegen den mit der Beute flüchtigen Dieb solange Notwehr möglich ist, bis dieser gesicherten Gewahrsam am Diebesgut erlangt hat²⁾. Mormann und Dankelmann sowie das RG halten den Angriff dann für beendet, "wenn er durchgeführt, aufgegeben oder fehlgeschlagen ist."³⁾ Konsequenterweise erkennt die strafrechtliche Notwehr bei Dauerdelikten (z.B. bei der Freiheitsberaubung, § 239 StGB) die Notwehrmöglichkeit bis zur Aufhebung der Rechtsgutbeeinträchtigung an.

Aus alledem lassen sich die Stellungnahmen der Notwehrlehre zu zwei Gesichtspunkten des Begriffes "Gegenwärtigkeit" ermitteln, die ebenfalls im Mittelpunkt der Diskussion um die Abwehrlehre des Wettbewerbsrechts stehen:

Erstens, Notwehr ist bereits gegen einen drohenden, unmittelbar bevorstehenden Angriff möglich; und zweitens, der Zeitpunkt der Beendigung eines Angriffs und damit die "Dauer der Gegenwärtigkeit" ist abhängig von den Umständen des Einzelfalls und den Besonderheiten des angegriffenen Rechtsgutes.

Wie die Beispiele des flüchtigen Diebes und der Freiheitsberaubung zeigen, kann die Zeitspanne eines gegenwärtigen Angriffes unter bestimmten Voraussetzungen sehr groß sein. Dies bedeutet aber nicht, wie Erichsen⁴⁾ meint, daß der § 227 BGB überhaupt

1) Vgl.: Dreher, § 32 Rn. 10.

2) Vgl.: RG vom 12.10.1925 in RGZ 111, S. 370 (371); Schoenke-Schröder, Rn. 15 zu § 32.

3) Vgl.: Soergel-Mormann, § 227 Rn. 6; Palandt-Danckelmann, § 227 Anm. 1; RG vom 12.3.1906 in JW 1906, S. 297; ähnlich auch bei Staudinger-Coing, § 227 Rn. 5: "Er darf noch nicht vorüber sein, er darf also nicht bereits aufgegeben oder abgewehrt sein."

4) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 97.

keine zeitlichen Grenzen aufstelle; die zeitliche Begrenzung setzt die "Gegenwärtigkeit", deren Inhalt zwar von Fall zu Fall verschieden sein kann, immer aber dort ihr Ende findet, wo die Einwirkung auf das betreffende Rechtsgut beendet ist, voraus.

Gegen die unmittelbare Gültigkeit der Begriffsbestimmungen der "Gegenwärtigkeit" der allgemeinen Notwehrlehre im Wettbewerbsrecht wendet sich ein Teil des Schrifttums, da nach der dort vertretenen Ansicht die für das Notwehrrecht ermittelten Erfordernisse den wettbewerblichen Besonderheiten nicht entsprechen.¹⁾ Droste²⁾ meint, die Abwehr habe einerseits einen engeren, andererseits aber auch einen weiteren Rahmen als die Notwehr, da Angriffe im Wettbewerb viel länger gegenwärtig seien, als dies im allgemeinen bei Notwehrfällen der Fall sei. Laut Baumbach-Hefermehl³⁾ müssen im Wettbewerbsrecht bei wettbewerbswidrigen Angriffen - insbesondere bei unlauteren Werbemaßnahmen - die zeitlichen Grenzen weitergezogen werden, da eine verbotene Werbung oft noch nach Monaten wirke und dementsprechend auch nach längerer Zeit noch Abwehrmaßnahmen zulässig sein müßten. Busmann-Pietzker-Kleine⁴⁾ stellen hierzu fest, daß die zeitlichen Grenzen bei der Abwehr nicht so eng zu ziehen seien, wie bei der Notwehr. Einen entschiedenen Standpunkt nimmt Vogt⁵⁾ ein. Seiner Ansicht nach setzt die Abwehr nicht wie die Notwehr voraus, daß der Angriff noch gegenwärtig ist. "Solange auch nur Nachwirkungen des Angriffes noch andauern - und unlautere Reklame kann auf lange Zeiträume wirksam sein - ist die Abwehr erlaubt." Eichmann⁶⁾ fordert aufgrund der lang anhaltenden Wirksamkeit einer Werbemaßnahme, daß das Kriterium der Gegenwärtigkeit des Angriffs nicht "klein-

1) Vgl.: v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 230 zu U § 1 (S. 157).

2) Vgl.: Droste, H. (Abwehr), S. 512.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 303 zu Einl. UWG.

4) Vgl.: Busmann-Pietzker-Kleine, S. 92.

5) Vgl.: Vogt, S. 144; Weick, S. 150, nach dessen Meinung bei der Abwehr nicht ein "im strengen Sinne gegenwärtiger Angriff" vorliegen muß.

6) Vgl.: Eichmann, S. 199.

lich" gehandhabt werden dürfte. Weiterhin ist auf die Feststellung D. Reimers¹⁾ hinzuweisen, die besagt, daß ein noch nicht ausgeübter, aber unmittelbar bevorstehender Angriff im Wettbewerbsrecht nicht als "gegenwärtig" anzusehen sei. Nordemann²⁾ sieht den Unterschied zwischen Abwehr im Wettbewerb und dem Notwehrrecht des § 227 BGB darin, daß das Abwehrrecht sowohl die Abwendung eines gegenwärtigen Angriffs als auch die Beseitigung der Folgen eines bereits geschehenen Angriffs - allerdings in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang damit - umfaßt.

Reimer-Pastor³⁾ weisen auf die Schwierigkeiten hin, die sich bei der Frage ergeben, "wo die Grenze zwischen einem durch die Verletzungshandlung hervorgerufenen, andauernden Verletzungszustands, der lediglich einen Beseitigungsanspruch auslöst, und einem (noch) verletzenden Zustand zu ziehen ist". Diese Grenzbestimmung habe sich daran zu orientieren, daß eine Abwehrmaßnahme immer ein noch aktives Eingreifen des Mitbewerbers in die Wettbewerbssphäre des Abwehrenden voraussetze. Mit der Forderung aktiven Eingreifens setzen sich Reimer-Pastor in Widerspruch zu der von der Mehrheit des Schrifttums zur Notwehrlehre getragenen Ansicht, daß ein Angriff noch gegenwärtig sei, wenn der formelle Wettbewerbsverstoß zwar schon in sich abgeschlossen sei, aber noch verletzend fortwirke.⁴⁾

Ein Vergleich der kritischen Stimmen mit den Stellungnahmen der Notwehrlehre, die einen rechtswidrigen Angriff so lange als gegenwärtig bezeichnen, als eine verletzende Einwirkung auf das betreffende Rechtsgut festzustellen ist, wobei auch die Notwehr des Bürgerlichen Rechts wie die des Strafrechts Fälle kennt, bei denen der Angriff über eine längere Zeitspanne gegenwärtig ist, läßt erkennen, daß aus dieser Sicht eine Übernahme der Notwehrgrundsätze zur Voraussetzung "Gegenwärtigkeit" in das Wettbewerbsrecht nicht begegnet werden kann. Wenn ein Teil des aufgeführten Schrifttums den Gegenwärtigkeitsbegriff des allgemeinen Notwehrrechts für das Wettbewerbsrecht damit ablehnt, daß er den spezifischen wettbewerbsrechtlichen Erfordernissen nicht genüge, da die zeitlichen Grenzen hier weiter zu ziehen seien, wird die-

1) Vgl.: Raimer, D., S. 129; in diesem Sinne auch: Reimer, E., S. 870, Rn. 3 a.E.; Ulmer-Reimer, S. 317.

2) Vgl.: Nordemann, S. 127

3) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 377 mit Bezug auf BGH vom 19.10.1966 in GRUR 1967, S. 138 (139)

4) Vgl.: Reimer, D., S. 129; v. Gamm, S. 298.

ser Ansicht seitens weiterer Vertreter des Schrifttums zu Recht entgegnet, daß auch im Wettbewerbsrecht ein wettbewerbswidriger Angriff nur so lange gegenwärtig sei, wie seine Wirkungen noch andauern.¹⁾ So wendet sich z.B. Joetze u.a. sehr entschieden gegen die Unvereinbarkeit der notwehrrechtlichen Begriffsbestimmung der "Gegenwärtigkeit" mit den wettbewerblichen Gegebenheiten, da auch im Wettbewerbsrecht ein Angriff so lange als gegenwärtig zu bezeichnen sei, als noch ein Schaden für ein Rechtsgut möglich sei; dabei spiele es keine Rolle, ob die initiiierende Handlung schon "beendet" sei. Der Angriff dürfe nur noch nicht "vollendet" sein.

Es entspricht den wettbewerbsspezifischen Gegebenheiten, wenn die zeitlichen Grenzen eines gegenwärtigen Angriffes weit gezogen werden, da nur so den Interessenverletzungen der Mitbewerber wirksam begegnet werden kann, deren Beeinträchtigungen sich im Einzelfall noch zeitigen können, wenn der formelle Wettbewerbsverstoß - gedacht sei an eine unzulässige Werbeaussage in einer Zeitschriftenveröffentlichung - lange beendet ist. Da insofern auch nach unserer Ansicht eine Übereinstimmung zwischen den Erfordernissen der "Gegenwärtigkeit" im allgemeinen Notwehrrecht wie im Wettbewerbsrecht beim Einwand der Abwehr zu verzeichnen ist, kann die Übernahme des Tatbestandsmerkmals "Gegenwärtigkeit", der allgemeinen Notwehrlehre nicht zum Anlaß genommen werden, diese für das Wettbewerbsrecht abzulehnen. Ob gegen dieses Ergebnis nicht aber Bedenken aus methodischer Sicht zu erheben sind, da der Gesetzgeber bei der Kodifizierung der allgemeinen Notwehrbestimmungen vornehmlich tätliche Angriffe im Auge hatte, mag vorerst dahingestellt bleiben²⁾. Zunächst soll auf die weitere Kritik, die der allgemeine Begriff "Gegenwärtigkeit" bei der Übernahme ins Wettbewerbsrecht gefunden hat, eingegangen werden.

Es wurde bereits festgestellt, daß die Notwehrlehre einen An-

1) Vgl.: Rudloff-Blochwitz, S. 103; Kraft, S. 265; Reimer, E., S. 869 Rn. 3; v. Gamm, S. 298; Tetzner, S. 59 Rn. 68; Joetze, S. 148.

2) Diese Frage werden wir unten S. 62 noch einmal aufgreifen.

griff bereits als gegenwärtig bezeichnet und dementsprechend Notwehrreaktionen zuläßt, wenn es zwar noch nicht zu einer Verletzung eines Rechtsgutes gekommen ist, diese aber droht, d.h. unmittelbar bevorsteht¹⁾. Demgegenüber lassen, wie besagt, einige Vertreter des Schrifttums gegen drohende Wettbewerbsverletzungen Abwehrhandlungen nicht zu, verweisen vielmehr auf den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung oder die vorbeugende Unterlassungsklage, ohne diese Stellungnahmen jedoch einleuchtend zu begründen.²⁾ Dieser Auffassung ist vielfach entgegengehalten worden, daß damit der Boden der Notwehrlehre verlassen würde. Der Hinweis Reimer-Pastors,³⁾ ein drohender Angriff könne allenfalls einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch begründen und damit zu einer Unterlassungsklage, also zu einer Rechtsmaßnahme, nicht aber zu einer tatsächlichen Maßnahme führen, findet in der Notwehrlehre jedoch keinen Rückhalt. Die Stimmen, die sich gegen Abwehrreaktionen bei nur drohenden Angriffen wenden, gehen davon aus, daß die Abwehr gegenüber der primären staatlichen Hilfe nur ein subsidiäres Mittel biete.⁴⁾ Dieser Einschätzung muß aber widersprochen werden, da die Abwehr ebenso wie anerkanntermaßen die Notwehr, als gleichrangiges Mittel zur Bewährung der Rechtsordnung und Wahrung des Rechtsfriedens neben den Mitteln des Staates steht.⁵⁾ Der durch einen wettbewerbswidrigen Angriff bedrohte Mitbewerber muß in der Wahl, welches Mittel er dem bevorstehenden Angriff entgegensetzt, grundsätzlich frei sein; entscheidend allein darf die Effektivität des zur Ver-

1) s. o. S. 53/54.

2) Vgl. das in Fußnote Nr. 1 auf S. 56 angegebene Schrifttum.

3) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 377.

4) Vgl.: Koehne, S. 69; Reimer, D., S. 129/130; Ulmer-Reimer, S. 317.

5) Vgl.: Baldus in LK, § 53 Rn. 1 u. 21; Sekler, S. 19; BGHSt vom 14.6.1972 in NJW 1972, S. 1821 (1822); demgegenüber hält es Reimer, D. (S. 126) in einem Rechtsstaat überhaupt für bedenklich, dem Gewerbetreibenden auch nur ausnahmsweise zu gestatten, sich auf eigene Faust ohne Anrufung der staatlichen Rechtspflegeorgane gegen rechtswidrige Angriffe eines Konkurrenten zur Wehr zu setzen.

meidung drohender Schäden gewählten Mittels sein. Sollte sich im Einzelfall die Notwendigkeit schnellen Handelns erweisen, so muß dem Wettbewerber die Möglichkeit offen stehen, den drohenden Angriff durch geeignete Abwehrmaßnahmen zu entschärfen.¹⁾ Mit Recht stellt Sekler²⁾ daher fest, daß Maßnahmen gegenüber drohenden Angriffen gerade die Musterfälle der Notwehr darstellen.

Eine andere Frage ist, ob Abwehrreaktionen auch dann zulässig sind, wenn gerichtliches Vorgehen, insbesondere der Erlaß einer einstweiligen Verfügung, ausreicht, den drohenden Angriff abzuwenden oder zu mildern; mit anderen Worten, ob eine Abwehrmaßnahme in diesen Fällen überhaupt erforderlich ist³⁾. Dieser Frage werden wir im Rahmen der Erörterung der Tatbestandsvoraussetzung "Erforderlichkeit" nachgehen; hier genügt die Feststellung, daß Abwehrmaßnahmen auch bei lediglich drohenden Angriffen grundsätzlich zulässig sein können.

Schließlich sei noch zu einem Gedanken Stellung genommen, den Sekler⁴⁾ im Rahmen der Erörterung des Begriffes "Gegenwärtigkeit" aufgegriffen hat. Anerkanntermaßen besteht bei Wettbewerbsverstößen eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer

1) Diese Ansicht wird auch von Droste, H. ((Abwehr), S. 514) vertreten. Wenn dieser den Grundsatz aufstellt, "daß nur in Ausnahmefällen eine gerichtliche Hilfe als ausreichend angesehen werden muß", so sehen wir darin nur einen Hinweis auf die in der Praxis häufigsten Fälle; dies zeigen seine dem Zitat folgenden Ausführungen, in denen er sich bei drohenden Angriffen deutlich für das Nebeneinander von Abwehrmaßnahmen und gerichtlicher Hilfe ausspricht. IdS vgl. auch Baumbach-Hefermehl, Rn. 305 zu Einl. UWG; BGHSt vom 14.6.1972 in NJW 1972, S. 1821 (1822).

2) Vgl.: Sekler, S. 18; so im Ergebnis auch: Erichsen (Diss.), S. 125; Kraft, S. 266: "Verteidigung ist jede Maßnahme, die dazu dient, diese Interessenverletzung zu kompensieren, nach Möglichkeit zu verhindern"; Schmidt, S. 115.

3) Vgl. diese Fragestellung u.a. bei Baumbach-Hefermehl, Rn. 305 zu Einl. UWG und bei Erichsen (Diss.), S. 123/124; Reimer, E., S. 870 Rn. 4; RG vom 20.9.1939 in GRUR 1940, S. 50 (54).

4) Vgl.: Sekler, S. 18.

Wiederholungsgefahr, die einen Unterlassungsanspruch auslösen kann¹⁾. Der Grund hierfür liegt in der im vorangegangenen Wettbewerbsverstoß manifestierten Wettbewerbsabsicht, die ein zukünftiges wettbewerbswidriges Verhalten vermuten läßt und im allgemeinen erst dann zu verneinen ist, wenn der Verletzer sich unter Übernahme einer Vertragsstrafe zur Unterlassung verpflichtet²⁾. Da eine Wiederholungsgefahr dann gegeben ist, wenn eine Wiederholung des Wettbewerbsverstoßes ernstlich und in Kürze zu besorgen ist, scheint die gleiche Sachlage gegeben zu sein, wie bei einem sonstigen drohenden wettbewerbswidrigen Angriff, dem unter bestimmten Voraussetzungen Abwehrmittel entgegengesetzt werden können³⁾. Sekler meint nun, daß bei der unmittelbaren Übertragung der notwehrrechtlichen Grundsätze konsequenterweise die Frage auftauchen müsse, ob schon aus einem bereits vollendeten Wettbewerbsverstoß infolge der implizierten Wiederholungsgefahr, der - eine Abwehrreaktion hervorrufende - gegenwärtige, rechtswidrige Angriff entnommen werden müsse. Sekler gibt darauf folgende Antwort, die unserer Meinung nach nur zum Teil befriedigt:

"U.E. genügt eine solche Sachlage zur Auslösung der Notwehr nicht, da bei der Prüfung, ob eine Wiederholungsgefahr besteht, auf die Unmittelbarkeit der Wiederholung nicht abgestellt wird."

Dem Ergebnis, daß allein die Tatsache eines früheren Wettbewerbsverstoßes und der daraus resultierenden tatsächlichen Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr keine Abwehrhandlung rechtfertigt, ist zuzustimmen. Dies folgt jedoch nicht daraus,

-
- 1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 206 zu Einl. UWG; Rudloff-Bloch-witz, S. 78; und die ständige Rechtsprechung: BGH vom 13.7. 1959 in GRUR 1959, S. 544 (547); BGH vom 30.9.1964 in GRUR 1965, S. 198 (202); OLG Celle, vom 26.4.1972 in NJW 1972, S. 1765.
 - 2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 229 zu Einl. UWG.
 - 3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 227 zu Einl. UWG; so dauert nach der strafrechtlichen Rechtsprechung ein Angriff noch so lange an, als eine Wiederholung unmittelbar zu befürchten ist. Vgl. RGSt vom 6.1.1939 in HRR 39, Nr. 715; s.a. Dreher, § 32 Rn. 10.

daß bei der Wiederholungsgefahr "nicht auf die Unmittelbarkeit der Wiederholung abgestellt wird", denn "unmittelbar" muß die Wiederholungsgefahr sehr wohl sein, da eine erneute Verletzung ernstlich befürchtet werden muß. Entscheidend ist vielmehr, daß die Wiederholungsgefahr auf die Wettbewerbsabsicht, d.h. auf die im vorangegangenen Wettbewerbsverstoß manifestierte Willensrichtung des Verletzers abstellt. Diese mag zwar ausreichen, einen Unterlassungsanspruch zu begründen, Gegenmaßnahmen mit an sich unlauteren Wettbewerbsmitteln kann sie jedoch keine Berechtigung verleihen. Eine solche Verlagerung der Abwehrmöglichkeit in das Vorfeld einer Interessenverletzung würde nicht nur kaum lösbare Beweisfragen hervorrufen, sondern die Gefahr heraufbeschwören, daß der Sinngehalt des Abwehrmittels, dem Rechtsfrieden zu dienen, sehr leicht dadurch in sein Gegenteil verkehrt würde, daß selbständige Gegenangriffe unter dem Deckmantel der Abwehr kaschiert würden, mit der Begründung, die einmal offenbarte Wettbewerbsabsicht des Gegners erfordere auch weiterhin vorsorgliche "Abwehrmaßnahmen".

Ergebnismäßig läßt sich feststellen, daß der Begriff "Gegenwärtigkeit" der allgemeinen Notwehrlehre bei Verwendung im Wettbewerbsrecht hinsichtlich seiner zeitlichen Grenzen der Kritik standhält.

Diese mehr formalen Gesichtspunkte vermögen jedoch nicht alle Bedenken auszuräumen. Zweifel bleiben insofern, als der Gesetzgeber bei der Kodifizierung der allgemeinen Notwehrbestimmungen "vornehmlich tätliche Angriffe im Auge gehabt hat", wie v. Godin¹⁾ bemerkt. Sekler, der ebenfalls zu dem Ergebnis gelangt, daß die Anwendung der Notwehrlehre hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals "Gegenwärtigkeit" formalrechtlich nicht zu beanstanden sei²⁾, hat seine verbleibenden Zweifel dahingehend formuliert, daß "die ungeheure Abstraktion, welcher der natürliche Begriff der "Gegenwärtigkeit" unterworfen wird, dem unvoreingenommenen Rechts-

1) Vgl.: v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 230 zu U § 1, S. 157.

2) Vgl.: Sekler, S. 18.

betrachter nicht das Gefühl der Befriedigung gibt, welches ausgelöst wird, wenn ein Tatbestand des Lebens durch den richtigen Rechtsbegriff getroffen wird". Ähnliche Gedankengänge mögen die zahlreichen Kritiker der Lehre, die die Übertragung der notwehrrechtlichen Grundsätze auf die Abwehr bejaht, bewogen haben, trotz formaler Vereinbarkeit, den Begriff "Gegenwärtigkeit" für das Wettbewerbsrecht abzulehnen. Der Hinweis, der Gesetzgeber wäre bei der Schaffung der Notwehrbestimmungen von tätlichen Angriffen ausgegangen, ist sicher richtig; demgegenüber war jedoch eine frühzeitige Ausdehnung der Notwehrgrundsätze auch auf nichttätliche Angriffe erkennbar¹⁾, die Hand in Hand mit der Ausdehnung der als wehrfähig anerkannten Güter wie Leben, Körper, Freiheit und Vermögen auf weitere wie z.B. Besitz, Verlöbnis, Intimsphäre etc. ging²⁾. Insofern lassen sich die wettbewerbeigenen Handlungen, die zur Verletzung der als schutzwürdig anerkannten Wettbewerbsinteressen führen, auch als Angriffe im Sinne der heutigen Notwehrlehre werten, obwohl sie in den seltensten Fällen den Charakter eines tätlichen Angriffes tragen werden. Aus unserer Sicht paßt sich der allgemeine Begriff "Gegenwärtigkeit" lediglich den wettbewerblichen Gegebenheiten der spezifischen Verletzungshandlungen an. Ebensowenig wie sich heute viele Notwehrsituationen der sonstigen Rechtsordnung nach Begriffen wie "tätlicher Angriff" und "natürlicher Gegenwartigkeit" bemessen lassen, können diese als Kriterium der Unvereinbarkeit der allgemeinen Notwehrgrundsätze mit den wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten herangezogen werden.

Die Erörterung der im Schrifttum zur Frage der "Gegenwärtigkeit" vertretenen Standpunkte führte zu dem Ergebnis, daß es aus unserer Sicht den wettbewerbsspezifischen Gegebenheiten entspricht, wenn die zeitlichen Grenzen eines gegenwärtigen Angriffs

1) Einen Angriff kann z.B. eine Theatervorstellung beinhalten (vgl. OLG Dresden vom 20.2.1925 in JW 1925, S. 1025) oder eine Filmvorführung (Vgl. BGH vom 2.10.1953 in BGHSt 5, S. 245 (247)).

2) Vgl.: Palandt-Thomas, Anm. 6 und 15 zu § 323 m.w.Nachw.

weit gezogen werden, da nur so den Interessenverletzungen der Mitbewerber wirksam begegnet werden kann, deren Beeinträchtigung sich im Einzelfall noch zeitigen kann, wenn der formelle Wettbewerbsverstoß beendet ist. Außerdem gelangten wir zu der Feststellung, daß der durch einen rechtswidrigen Angriff bedrohte Konkurrent in der Wahl, welches Mittel er dem bevorstehenden Angriff entgegensetzen will, frei sein muß; entscheidend allein ist die Effektivität des zur Vermeidung drohender Schäden gewählten Mittels. Sollte sich im Einzelfall die Notwendigkeit schnellen Handelns erweisen, so muß dem Wettbewerber die Möglichkeit offenstehen, den drohenden und somit gegenwärtigen Angriff durch geeignete Abwehrmittel zu entschärfen.

Diese Stellungnahme findet weitgehend ihre Bestätigung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Forderung eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs ist, obwohl der Begriff "Gegenwärtigkeit" nicht regelmäßig gebraucht wurde, jedoch seinem Sinn entsprechend, seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. Januar 1935 fester Bestandteil der Abwehrrechtsprechung geblieben.¹⁾ Hiernach soll das Erfordernis der "Gegenwärtigkeit" verhindern, daß sich der Abwehrende darauf berufen könne, daß er vor längerer Zeit angegriffen worden sei; vielmehr müsse die Angriffshandlung bis in die Gegenwart fortwirken²⁾, oder, wie es an anderer Stelle heißt, "der Angriff muß z.Zt. der Vornahme der Abwehrhandlung noch andauern"³⁾. Zwar wurde seitens des

1) Vgl.: RG vom 25.1.1935 in MuW 1935, S. 151 (154); RG vom 1.3.1935 in MuW 1935, S. 228 (231); RG vom 25.5.1937 in MuW 1937, S. 386 (389); RG vom 20.7.1938 in GRUR 1939, S. 72 (77); RG vom 20.12.1939 in GRUR 1940, S. 307 (308); BGH vom 19.12.1960 in GRUR 1961, S. 288 (289); BGH vom 7.6.1967 in GRUR 1968, S. 382 (385); BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (223); OLG Hamburg vom 3.3.1961 in WRP 1961, S. 368 (369); OLG Frankfurt vom 3.2.1972 in WuW 1972, S. 589 (590).

2) Vgl.: RG vom 1.3.1935 in MuW 1935, S. 228 (231); RG vom 20.12.1939 in GRUR 1940, S. 307 (308); BGH vom 19.12.1960 in GRUR 1961, S. 288 (289).

3) Vgl.: OLG Hamburg vom 3.3.1961 in WRP 1961, S. 368 (369).

BGHs betont, daß zur Abwehr ein stagnierter Zustand nicht ausreiche, der Begriff des Angriffs erfordere vielmehr ein aktives Eingreifen in einen bestehenden Zustand¹⁾; dies darf aber nicht dahingehend interpretiert werden, daß Abwehrhandlungen in keinem Fall mehr zulässig sind, wenn die Verletzungshandlung faktisch abgeschlossen ist. In der gleichen Entscheidung wird nämlich betont, daß sich die Frage der Abwehrlage nach den Umständen des Einzelfalles richtet.²⁾ Mit dem Blick auf die im Wettbewerb geschützten Interessen kann dies nur beinhalten, daß ein wettbewerblicher Angriff so lange noch "aktiv" eingreift, als eine Beeinträchtigung geschützter Interessen gegeben ist. So wurde seitens der Rechtsprechung anerkannt, daß werblichen Angriffen solange begegnet werden könne, als diesen noch eine Werbewirkung zukomme, was u.U. auch der Fall sein könne, wenn die Werbung selbst schon aus dem Verkehr gezogen sei.³⁾

Die weitere für die Bestimmung der "Gegenwärtigkeit" des Angriffs bedeutende Frage, ob bereits eine drohende Interessenbeeinträchtigung eine vorbeugende Abwehrhandlung auslösen kann, ist, soweit ersichtlich, in der BGH-Rechtsprechung noch nicht direkt angesprochen worden⁴⁾. Da die eine Abwehr auslösende Handlung jedoch unterlassungsreif sein muß, Unterlassungsansprüche nach einhelliger Meinung für den Betroffenen aber bereits bei ernsthaft dro-

1) Vgl.: BGH vom 19.10.1966 in GRUR 1967, S. 138 (139).

2) Vgl.: BGH a.a.O., S. 140.

3) BGH vom 12.7.1957 in GRUR 1958, S. 86 (88/89); Droste in Anm. zum Ur. des BGH vom 19.10.1966 in GRUR 1967, S. 142 (3b): "Eine Werbung nämlich, die ihrem Inhalt nach unzulässig ist, weil beispielsweise irreführend, stellt nicht nur die Aufrechterhaltung eines einmal geschaffenen rechtswidrigen Zustandes dar, vielmehr gehen von ihr, solange sie in der Öffentlichkeit wirkt, permanente schadenstiftende Impulse aus. Eine solche inhaltlich unzulässige Werbung stellt m.E. einen dauernden gegenwärtigen Angriff dar."

4) Bejahend jedoch RG vom 20.1.1931 in MuW 1931, S. 272 (274).

henden Beeinträchtigungen bestehen¹⁾, ist, unter Heranziehung der Rechtsprechung, die betont, daß "der betroffene Mitbewerber dann nicht ausschließlich auf die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe verwiesen werden kann, wenn dadurch dem wettbewerbswidrigen Angriff nicht ausreichend gewehrt werden kann"²⁾, wohl davon auszugehen, daß der BGH, hätte er einen so gelagerten Fall zu entscheiden, eine geeignete vorbeugende Abwehrmaßnahme zulassen würde³⁾. Es ist selbstverständlich, daß ein derartiger Fall nur selten praktisch werden kann, da die Zeit zumeist ausreichen wird, eine einstweilige Verfügung zu erwirken. Wie wir bereits einleitend betonten, muß dem Wettbewerber jedoch, sollte sich im Einzelfall die Notwendigkeit schnellen Handelns erweisen, die Möglichkeit offenstehen, den drohenden und somit "gegenwärtigen" Angriff durch das effektivste Mittel, und wenn nötig, durch geeignete Abwehrmaßnahmen abzuwehren.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß eine Abwehrlage gegeben ist, wenn eine wettbewerbswidrige Handlungsweise eines Wettbewerbsbeteiligten, die direkt oder indirekt in den Interessenbereich eines Mitbewerbers eingreift, gegenwärtig ist, d.h., ernsthaft droht oder fortwirkt, wobei die Verletzungshandlung faktisch bereits beendet sein kann, die Beeinträchtigung des angegriffenen Wettbewerbsinteresses aber noch andauern muß.

1) Vgl.: Tetzner, Rn. 24 zu Vorbem., S. 32; Baumbach-Hefermehl, Rn. 228 zu Einl. UWG; BGH vom 27.1.1956 in GRUR 1956, S. 223 (226); BGH vom 16.5.1961 in GRUR 1962, S. 34 (35); RG vom 20.1.1931, in MuW 1931, S. 272 (274).

2) Vgl.: BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (223).

3) Das RG hat in diesem Sinne entschieden; vgl. RG vom 20.1.1931 in MuW 1931, S. 272 (274). Ein Teil des Schrifttums befürwortet dieses Ergebnis. Vgl. Sekler, S. 18; Erichsen (Diss.), S. 125; Schmidt, S. 115/116; Kraft, S. 266; dagegen ablehnend: vgl. Reimer-Pastor, S. 377; Reimer, D., S. 129.

2. Erforderlichkeit (Notwendigkeit) der Abwehrhandlung

Die allgemeinen Notwehrbestimmungen setzen weiterhin voraus, daß die Verteidigungshandlung zur Abwehr des Angriffs erforderlich ist, wobei die "Erforderlichkeit" anhand objektiver Maßstäbe zu prüfen und dann zu bejahen ist, wenn die Verteidigungshandlung nach Art und Maß das notwendige Mittel zur wirksamen Abwehr eines Angriffes darstellt.¹⁾ Maßgebend für die Intensität der Notwehrhandlung ist allein die Gewalt und die Gefährlichkeit des Angriffs, nicht aber der Wert oder die Schutzwürdigkeit des angegriffenen Gutes. Entsprechend dem Gedanken, daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht, darf zur Verteidigung geringwertiger Güter grundsätzlich auch zu schwersten Abwehrmitteln gegriffen werden. Stehen dem Angegriffenen jedoch mehrere wirksame Verteidigungsmittel zur Verfügung, so ist nur das Mittel "erforderlich", das dem Angreifer bei gleicher Abwehrqualifikation den geringsten Schaden zufügt²⁾.

Bereits die frühe reichsgerichtliche Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums hatten - trotz widersprüchlicher Einlassungen zum Grundsätzlichen der Abwehr - wiederholt betont, daß der angegriffene Wettbewerber sich u.U. in scharfer und nachdrücklicher Weise wehren dürfe, wenn das angewendete Mittel im richtigen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehe. So hatte das Reichsgericht im sog. "Leipziger Zeitungsstreit" scharf formulierte Boykottaufforderungen in Anbetracht ehrverletzender Angriffe zugelassen.³⁾ Diesen Grundsatz legte das Reichsgericht auch seiner Entscheidung vom 6. Nov. 1923 ("Bremer Baumwollhänd-

1) Vgl.: Staudinger-Coing, Rn. 7 zu § 227; Soergel-Mormann, Rn. 11 zu § 227; Dreher, § 32 Rn. 16; Schoenke-Schröder, § 32 Rn. 34; RG vom 12.10.1925 in RGZ 111, S. 370 (371/372); BGH vom 21.2.1967 in VersR 1967, S. 477 (478).

2) Vgl.: Dreher, § 32 Rn. 16; Mezger-Blei, S. 136; Enneccerus-Nipperdey, 2. Hlbb., S. 1453; RG vom 20.1.1938 in RGSt 72, S. 57 (58); BGH vom 14.2.1952 in BGHSt 3, S. 217 (218); OLG Hamm vom 1.8.1972 in NJW 1972, S. 1826 (1827).

3) Vgl.: RG vom 6.5.1915 in NW 1915, S. 913 (914/915).

ler") zugrunde, in der es eine Boykotterklärung gegen einen Außenseiter, der die angemessenen Tarifsätze des boykottierenden Verbandes Bremer Baumwollspediteure unterbot, für berechtigt erklärte und herausstellte, daß "bei der Prüfung der Frage, ob die angewendeten Mittel als zulässig zu betrachten sind, der Abwehrzweck wesentlich berücksichtigt werden muß. Mittel, die ohne ihn nicht mehr als zulässige Wettbewerbshandlungen anzusehen wären, können als Abwehrmaßregeln erlaubt sein."²⁾ Diese Rechtsprechung wurde in späterer Zeit dahingehend spezifiziert, daß bei der Abwehr unlauteren Wettbewerbs auch scharfe Ausdrücke erlaubt seien, wenn sie zur Erreichung ihres Zieles, die Folgen des unlauteren Wettbewerbs des Gegners zu hindern, geboten erschienen; die Behauptung und Verbreitung wahrer Tatsachen aber unzulässig sein könnten, wenn der Gegner dadurch - ohne daß es der Abwehrzweck erfordere - vor der Öffentlichkeit herabgesetzt und in seiner Existenz gefährdet würde.²⁾ Die Voraussetzung der

-
- 1) Vgl.: RG vom 6.11.1923 in JW 1927, S. 112 (113); vgl. auch RG vom 14.6.1929 in GRUR 1929, S. 1214 (1215); OLG Hamm vom 2.3.1926 in MuW 1927/28, S. 64 (65/66); OLG Kiel vom 6.11.1928 in JW 1929, S. 1254 (1255).
 - 2) Vgl.: RG vom 17.11.1931 in MuW 1932, S. 81 (82/83). Diese Entscheidung ist im Zusammenhang mit der in dieser Zeit sich ändernden Rechtsprechung zur Zulässigkeit der "bezugnehmenden Werbung" zu sehen, die vom RG in früheren Jahren grundsätzlich bejaht wurde (vgl. RG vom 20.5.1931 in MuW 1931, S. 541 (542), dort heißt es: "Dabei muß beachtet werden, daß Mitteilungen über die Beschaffenheit der Ware des Wettbewerbers grundsätzlich nicht weniger zulässig sind als Mitteilungen über die Qualität der eigenen Ware.") Demgegenüber nahm die Rechtsprechung in der Folgezeit den gegenteiligen Standpunkt ein und vertrat, daß eine "bezugnehmende Werbung" grundsätzlich unzulässig und nur in Ausnahmefällen, insbesondere als Abwehrvergleich, zuzulassen sei (vgl. RG vom 4.5.1934 in GRUR 1934, S. 473 (476); RG vom 1.4.1942 in GRUR 1942, S. 364 (366)). Diese strenge Auffassung der Rechtsprechung wurde zunächst vom BGH übernommen (vgl. BGH vom 8.4.1952 in GRUR 1952, S. 582 (584); BGH vom 26.2.1960 in GRUR 1960, S. 384 (387); BGH vom 14.7.1961 in GRUR 1962, S. 45 (48); BGH vom 10.6.1964 in GRUR 1965, S. 96 (100)); dann aber insofern geändert, als die Bezugnahme in der Werbung dann zuzulassen sei, wenn der Werbende dazu hinreichenden Anlaß hatte und die Maßnahme sich nach Art und Maß in den Grenzen des Erforderlichen und der wahrheitsgemäßen, sachlichen Erörterung hielt (BGH vom 23.2.1968 in WRP 1968, S. 199 (200)); BGH vom 3.4.

"Erforderlichkeit" bzw. "Gebotenheit" der Abwehrmaßnahme - teilweise verwenden die Urteile auch den Ausdruck "Notwendigkeit" - wurde in der Folgezeit in Literatur und Rechtsprechung zum entscheidenden Moment der Abwehrtauglichkeit eines Handelns.¹⁾ Da

(Fortsetzung von Fußnote 2 auf S. 67)
1970 in GRUR 1970 S. 422 (423) mit zustimmender Anmerkung von Knopp, S. 424/425); vgl. zur Frage der Zulässigkeit der bezugnehmenden Werbung insbesondere Baumbach-Hefermehl, Rn. 243 ff zu § 1 UWG.

-
- 1) Vgl. RG vom 25.11.1932 in GRUR 1933, S. 249 (251/252), (Notwendigkeit); RG vom 15.6.1934 in MuW 1934, S. 370 (372), (Erforderlichkeit); RG vom 16.10.1934 in GRUR 1935, S. 55 (60), (Erforderlichkeit); RG vom 25.1.1935 in GRUR 1935, S. 445 (448), (Erforderlichkeit); RG vom 1.2.1935 in MuW 1935, S. 148 (150), (Notwendigkeit); RG vom 10.1.1936 in GRUR 1936, S. 982 (985), (Einhaltung des Maßes des Notwendigen); RG vom 25.5.1937 in MuW 1937, S. 386 (389), (Notwendigkeit); RG vom 26.11.1937 in GRUR 1938, S. 127 (129), (Notwendigkeit); RG vom 20.7.1938 in GRUR 1939, S. 72 (77), (Notwendigkeit); RG vom 11.11.1939 in GRUR 1940, S. 114 (115), (Erforderlichkeit); RG vom 15.5.1941 in GRUR 1941, S. 378 (383), (Erforderlichkeit); RG vom 8.11.1943 in GRUR 1944, S. 34 (35), (Erforderlichkeit); RG vom 8.11.1943 in GRUR 1944, S. 34 (35), (Erforderlichkeit); RG vom 17.4.1944 in GRUR 1944, S. 154 (sachlich geboten); auch der BGH untersucht die Abwehrtauglichkeit anhand dieser Erfordernisse: vgl. BGH vom 21.11.1953 in NJW 1954, S. 147 (Erforderlichkeit); BGH vom 12.3.1954 in GRUR 1954, S. 337 (341), (unumgängliche Notwendigkeit); BGH vom 5.6.1956 in GRUR 1957, S. 23 (24), (Notwendigkeit); BGH vom 5.10.1956 in GRUR 1957, S. 123 (125), (Notwendigkeit); BGH vom 15.1.1957 in GRUR 1957, S. 278 (279), (Notwendigkeit); BGH vom 22.2.1957 in BGHZ 23, S. 365 (367), (Notwendigkeit); BGH vom 22.2.1957 (I ZR 124/55) in GRUR 1957, S. 360 (362), (erforderliches Maß, notwendiges Mittel); BGH vom 14.11.1958 in GRUR 1959, S. 143 (145), (Erforderlichkeit); BGH vom 3.11.1959 in GRUR 1960, S. 193 (196), (Notwendigkeit); BGH vom 8.1.1960 in GRUR 1960, S. 331 (336), (Erforderlichkeit); BGH vom 8.4.1960 in GRUR 1960, S. 431 (433), (notwendiges Maß); BGH vom 14.7.1961 in GRUR 1962, S. 45 (48), (Erforderlichkeit); BGH vom 30.11.1966 in GRUR 1967, S. 308 (310), (Erforderlichkeit); BGH vom 1.2.1967 in GRUR 1967, S. 430 (432), (Notwendigkeit); BGH vom 7.6.1967 in GRUR 1968, S. 382 (385), (Erforderlichkeit); BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (223), (Notwendigkeit); OLG Köln vom 16.4.1975 in WRP 1975, S. 375 (377); vgl. dazu auch die in diesem Punkte einhelligen Stellungnahmen der Literatur: Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 92; Koehne, S. 69; Ulmer-Reimer, S. 317; Reimer-Pastor, S. 378/379; Baumbach-Hefermehl, Rn. 305 zu Einl. UWG.

dieses Kriterium jedoch nur unscharf die Zulässigkeitsvoraussetzungen beschrieb, entwickelte die Rechtsprechung differenziertere Merkmale, die die an eine erforderliche bzw. notwendige Abwehrhandlung zu stellenden Anforderungen zum Ausdruck brachten.

Festzuhalten ist jedoch zunächst, daß auch im Wettbewerbsrecht damit - wenn auch die Grenzen im einzelnen bestritten sind - überwiegend der Grundsatz anerkannt wird, daß im Einzelfall unter mehreren Mitteln nicht immer das für den Angreifer schonendste gewählt werden muß, sondern u.U. auch scharfe Verteidigungsmittel zulässig sein können, wenn die Intensität des Angriffes diese erfordern, insbesondere aber nur diese Mittel die dem Angegriffenen entstandenen oder noch drohenden Schäden sicher abzuwenden vermögen.¹⁾

- a) Keine andere Möglichkeit des Vorgehens gegen den Angreifer (Gebotenheit des Abwehrmittels)

Die vom angegriffenen Wettbewerber gewählte Abwehrmaßnahme muß geboten sein. Stellt die Verteidigungshandlung einen Rechtsmißbrauch dar, etwa weil der Abwehrende die Angriffshandlung provoziert hat, oder ist von dem Angegriffenen unter Berücksichtigung

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 306 zu Einl. UWG; Joetze, S. 149; Reimer-Pastor, S. 379; Weick, S. 168; v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 232 zu U § 1, S. 158; RG vom 6.5.1915 in JW 1915, S. 913 (915); RG vom 25.11.1932 in GRUR 1933, S. 249 (251); RG vom 12.1.1934 in MuW 1934, S. 174 (176); BGH vom 14.7.1961 in GRUR 1962, S. 45 (48); BGH vom 30.11.1966 in GRUR 1967, S. 308 (312); BGH vom 7.6.1967 in GRUR 1968, S. 382 (385); BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (223/224); OLG Stuttgart, Beschl. vom 22.9.1953 in WuW 1953, S. 701 (702/703);
a.A.: BGH vom 21.11.1958 in GRUR 1959, S. 244 (247); auf die frühere Rechtsprechung nimmt der BGH noch einmal in seinem Urteil vom 30.11.1966 in GRUR 1967, S. 308 (312) Bezug; Kraft (S. 267), der ebenfalls nur das schonendste Mittel für zulässig hält.

aller die Wettbewerbssituation bestimmenden Umständen und unter Abwägung aller beteiligten Interessen ein anderes zumutbares Vorgehen zu fordern, so kann die Verteidigungshandlung als nicht geboten zu beurteilen sein.

Der überwiegende Teil des Schrifttums, das RG sowie der BGH in mehreren ihrer Entscheidungen betonen, daß eine Abwehrmaßnahme dann nicht geboten und damit nicht erforderlich sei, wenn der Angegriffene gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen könne, wobei aber zu beachten sei, daß diese Hilfe nicht genüge, wenn sie zu spät komme, oder einer bereits eingetretenen oder noch fortdauernden Schadensentwicklung nicht im ausreichenden Maße begegne.¹⁾

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 22. Jan. 1971²⁾ festgestellt, daß bei der Frage, ob ein an sich unzulässiges Wettbewerbsverhalten als Abwehrmaßnahme zuzulassen sei, die Abwehrlage, der Abwehrzweck und die Notwendigkeit der Abwehrhandlung zu prüfen sei. Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den dort entschiedenen Fall nahm der BGH u.a. zu der im Rahmen der Abwehrproblematik seit jeher umstrittenen Frage Stellung, ob eine Abwehrmaßnahme dann "notwendig" sei, wenn für den Angegriffenen die Möglichkeit bestehe, gerichtliche Maßnahmen gegen den Angreifer zu erwirken. In dem Urteil wird dazu ausgeführt:

1) Vgl.: Ulmer-Reimer, S. 317/318; Baumbach-Hefermehl, Rn. 305 zu Einl. UWG; Callmann, S. 103 Rn. 22; Reimer, E., S. 870 Rn. 4; v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 232 zu U § 1, S. 158; Reimer-Pastor, S. 380; Koehne, S. 69; Joetze, S. 148; Kraft, S. 266; Droste, H. (Abwehr), S. 514; Cyrus, S. 18; RG vom 25.11.1932 in GRUR 1933, S. 249 (251); RG vom 16.1.1941 in GRUR 1941, S. 125 (129, 130); BGH vom 8.3.1962 in GRUR 1962, S. 426 (428); OLG Stuttgart vom 6.7.1955 in WRP 1955, S. 250 (251); BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (223/224), in bezug auf die ständige Rechtsprechung: BGH vom 3.11.1959 in GRUR 1960, S. 193 (196); BGH vom 7.6.1967 in GRUR 1968, S. 382 (385).

2) Vgl.: BGH vom 22.1.1971 in BB 1971, S. 410/411 und ausführlicher in WRP 1971, S. 222 (223).

"Wenn auch die Erwirkung gerichtlicher Maßnahmen grundsätzlich der gebotene Weg zur Abwehr von Wettbewerbsverstößen ist, so kann doch der betroffene Mitbewerber dann nicht ausschließlich auf die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe verwiesen werden, wenn dadurch dem wettbewerbswidrigen Angriff nicht ausreichend gewehrt werden kann." (Der BGH zitiert sodann einige frühere Entscheidungen) "Das ist aber nicht nur dann der Fall, wenn ... zu erwarten steht, daß sich der Verletzer nicht an ein gerichtliches Verbot halten wird, sondern auch dann, wenn mit dem gerichtlichen Verbot einer bereits eingetretenen und noch fortdauernden Schadensentwicklung nicht hinreichend begegnet werden kann."

Der BGH hat damit im Einklang mit der heute überwiegenden Meinung im Schrifttum erneut den Standpunkt bezogen, daß Abwehrmaßnahmen nur dann erforderlich seien, wenn gerichtliche Maßnahmen die Belange des Angegriffenen nicht ausreichend zu schützen vermögen.¹⁾

Hinsichtlich werblicher Verteidigungssituationen halten einige Schriftsteller die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe dagegen nur in Ausnahmefällen für erforderlich, da der meist langwährende Werbewirksamkeit durch gerichtliche Schritte nicht zu begegnen sei, und die materiellen oft schwer zu erfassenden und zu beweisenden Schäden häufig nicht ausgeglichen werden könnten.²⁾

Diese Stellungnahmen enthalten nach unserer Ansicht keine überzeugenden Begründungen der Fixierung des Abwehrenden auf gerichtliche Hilfe, wenn im Einzelfall sowohl eigene wie gerichtliche Maßnahmen gegen den Angreifer gleiche Effektivität besitzen und die Interessen des Angreifers gleichermaßen schonend berücksichtigen. Wir haben schon früher festgestellt³⁾, daß die Notwehr als gleichrangiges Mittel zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung

1) Vgl.: BGH v. 3.11.1978 in GRUR 1979, S. 157 (169);
OLG Frankfurt vom 3.2.1972 in WRP 1973, S. 160.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 305 zu Einl. UWG; Droste H., in WuW 1954, S. 514; Vogt, S. 144; Joetze, S. 148; Reimer-Pastor, S. 380; Bussmann-Droste, S. 59/60; v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 232 zu U § 1, S. 158.

3) S.o. S. 58.

und Wahrung des Rechtsfriedens neben den Mitteln des Staates steht. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, der der Abwehr hinsichtlich ihrer Bedeutung für die Wettbewerbsordnung und den Wettbewerbsfrieden eine anderweitige Klassifizierung beizumessen vermag. Die Wahl zwischen einstweiliger Verfügung, Unterlassungsklage oder Abwehrmaßnahme muß sich nach dem durch die Verteidigungssituation gesetzten Maßstab der Erforderlichkeit entscheiden, wobei auch im Wettbewerbsrecht der Grundsatz gelten muß, daß der Angegriffene unter mehreren wirksamen Verteidigungsmitteln das effektivste Mittel wählen kann, dem Angreifer jedoch keine unnötigen Schäden bereiten darf.¹⁾

Jede Verteidigungsmaßnahme ist anhand der Entscheidungskriterien des § 1 UWG zu messen und hat alle an der Abwehrsituation beteiligten Interessen zu berücksichtigen. Besitzen eigenes Vorgehen des Wettbewerbers oder die Herbeiführung gerichtlicher Sanktionen gleichermaßen die Eigenschaft einer eingetretenen Wettbewerbsstörung unter Berücksichtigung des Lauterkeitsgebotes des wettbewerblichen Handelns wirksam begegnen zu können, so läßt sich für die Erhaltung der Wettbewerbsordnung kein überzeugender Gesichtspunkt anführen, der einem gerichtlichen Vorgehen des Abwehrenden Priorität verleihen könnte. Verläßt eine neben gerichtlichem oder behördlichem Vorgehen gegen den Angreifer zur Wahl stehende Abwehrmaßnahme nicht den durch das Lauterkeitsgebot gesetzten Rahmen, so muß der Wettbewerber nach eigener Wahl, entsprechend seiner spezifischen Wettbewerbssituation und seinem wirtschaftlichen Handlungsvermögen selbständig das Mittel wählen können, das nach seiner Beurteilung die höchste Effektivität besitzt, ihn von bereits eingetretenen Schäden zu befreien oder vor zukünftigen Wettbewerbsnachteilen zu schützen. Solange der Wettbewerber den Freiraum wettbewerblichen Verhal-

1) Vgl.: Sekler, S. 19; Cyrus, S. 18; Erichsen (Diss.), S. 124 u. in GRUR 1958 S. 432; Reimer-Pastor, S. 380; Vogt, S. 144.

tens nicht verläßt kann die Wettbewerbsordnung von dem Abwehrenden kein Verhalten abfordern, das nach der unternehmerischen Entscheidung des Angegriffenen diesem nach seiner Beurteilung nur unzureichenden Schutz verleiht.

Eine grundsätzliche Fixierung des Abwehrenden auf die gerichtliche Hilfe könnte im übrigen zu wenig sinnvollen und nicht wettbewerbsgemäßen Ergebnissen führen, da immerhin auch Fälle denkbar sind, in denen eine Abwehrhandlung "milder" ist, als ein gerichtliches Vorgehen gegen den Angreifer. Gedacht sei an das Wettbewerber-Kundengespräch, in dessen Rahmen unzulässige Werbemethoden der Konkurrenz offenbar werden; das sicher mildeste Verteidigungsmittel in diesem Fall wäre eine sofortige Abwehrmaßnahme gegenüber dem angreifenden Konkurrenten, die nur diesem Kunden gegenüber vollzogen würde. Unterstellt, ein gerichtliches Vorgehen würde nicht zu spät kommen und den Schaden des Angegriffenen (der drohende Verlust eines Kunden) gleichermaßen beheben können, etwa weil der Kunde erst in fernerer Zukunft an einen Abschluß denkt, so wird dieses gerichtliche Vorgehen für den Angreifer nicht milder ausfallen, da das gerichtliche Verfahren in der Regel neben dem einzelnen Kunden auch die übrigen Branchenangehörigen über die Wettbewerbsverletzung des Angreifers informieren wird.

Indem wir eine grundsätzliche Fixierung des Abwehrenden auf gerichtliche oder behördliche Hilfe ablehnen,¹⁾ räumen wir ein, daß die Anwendung des allgemein anerkannten Grundsatzes im Regelfall wettbewerbsgemäße Ergebnisse erzielen läßt. Hierfür gibt die Entscheidung vom 22. Jan. 1971 ein überzeugendes Beispiel. Gegenüber der Abwerbung der Bezieher ihrer Zeitung (seitens eines Konkurrenzverlages durch unrichtige Angaben und Manipulationen mit angeblichen Probestellungen, sowie durch Inaussichtstellung von Kündigungshilfen) veröffentlichte der angegriffene Verlag eine Annonce, in der er vor betrügerischen Zeitungswer-

1) Vgl. im Ergebnis auch Erichsen (Diss.), S. 124.

bern warnte. Der BGH hat diese Abwehrmaßnahme mit Recht für zulässig erachtet¹⁾, da keine Gewähr dafür gegeben war, daß ein gerichtliches Vorgehen - das wahrscheinlich nicht zur Kenntnis der Bezieher gelangt wäre - den bereits erfolgten oder bis zum gerichtlichen Eingriff noch möglichen Abonnentenverlust hätte ausgleichen können²⁾. Ob das gewählte Abwehrmittel sich dabei nachträglich als die wirksamste Verteidigungshandlung erweist, darf die getroffene Wahl später dann nicht mehr beeinflussen, wenn der Angegriffene im Augenblick des Handelns, ohne grobfahrlässig oder vorsätzlich zu handeln, davon ausging, dem Angriff so in geeigneter Weise entgegentreten zu dürfen und zu können³⁾. Konsequenterweise berücksichtigte der Senat darüber hinaus ebenfalls die Beweisschwierigkeiten, die sich für den Abwehrenden bezüglich des materiellen Schadensumfanges im Prozeß ergeben hätten, wenn er die Kausalität zwischen dem wettbewerbswidrigen Verhalten des Angreifers und den eingetretenen Abonnementskündigungen hätte nachweisen müssen.

Der weitergehende in diesem Urteil angesprochene Gesichtspunkt, daß die Verweisung auf gerichtliche Maßnahmen dann nicht zumutbar sei, wenn zu erwarten stehe, daß sich der Angreifer nicht an ein gerichtliches Verbot halten wird, findet sich schon bei Callmann⁴⁾, der - mit Blick auf das Urteil im sog. "Leipziger Zeitungsstreit"⁵⁾, in dem scharfe Abwehrmaßnahmen u.a. deswegen zugelassen wurden, weil frühere Strafverfahren gegen den Angreifer ohne Wirkung geblieben waren - in diesen Fällen ebenfalls Abwehrmaßnahmen für zulässig erachtete. Dieser Gedanke macht am ehesten deutlich, daß sich die Entscheidung, ob der Abwehrende

1) Dieser Teil der Entscheidungsgründe ist in der Veröffentlichung in BB 1971, S. 410/411 nicht enthalten. Siehe dazu aber in WRP 1971, S. 222 (223/224).

2) Vgl. ebenfalls die in Fußnote Nr. 1 auf S. 70 angeführten Fundstellen und OLG Köln vom 16.4.1975 in WRP 1975, S. 375 (377).

3) Vgl.: Schmidt, S. 116.

4) Vgl.: Callmann, Rn. 22 zu § 1 UWG (S. 103).

5) Vgl.: RG vom 6.5.1915 in JW 1915, S. 913 (914 a.E.).

gerichtliche Hilfe beansprucht oder aber eigene Abwehrmaßnahmen trifft, allein nach dem zur Schadensbeseitigung oder -verhinderung effektivsten Mittel zu richten hat, wobei sich im Einzelfall aufgrund der besonderen Verteidigungssituation ergeben kann, daß ein gerichtliches Vorgehen, selbst wenn keine Eile geboten ist, nicht geeignet ist, eine Wettbewerbsstörung zu beseitigen¹⁾. Die vereinzelt im Schrifttum zu findende Einschätzung, daß gerichtliche Maßnahmen und insbesondere das Erwirken einer einstweiligen Verfügung durchweg auch im Wettbewerb das schlagkräftigste Verteidigungsmittel darstelle²⁾, entspricht nämlich häufig nicht den Realitäten des Wettbewerbs³⁾. Mögen gerichtliche Sanktionen auf nichtwerblichem Gebiet den berechtigten Belangen des Angegriffenen oft ausreichende Hilfe leisten⁴⁾,

-
- 1) Vgl.: BGH v. 7.6.1967 in GRUR 1968, S. 382 (385); BGH v. 3.11.1978 in GRUR 1979, S. 157 (159); OLG Stuttgart vom 6.7.1955, in WRP 1955, S. 250 (251); Reimer-v. Gamm, S. 305 Rn. 14.
 - 2) Vgl.: Schricker (Unlauterer Wettbewerb), S. 69/70; Koehne, S. 69; Danzmann, S. 304 weist bezüglich werblicher Auseinandersetzungen neben der Möglichkeit, gerichtliche Maßnahmen zu erwirken, noch auf die Einschaltung des "Werberats der Deutschen Wirtschaft" hin, der bis 1945 die Aufsicht über das gesamte Werbewesen innehatte. Der heutige "Zentralausschuß der Werbewirtschaft e.V." mit Sitz in Bad Godesberg, in dem alle an der Werbung teilnehmenden Wirtschaftskreise zusammengeschlossen sind, besitzt keine Anordnungsbefugnis; seine Funktion besteht vielmehr in der Aufklärung mißbräuchlichen Werbeverhaltens und der Erziehung zur wettbewerbsgerechten Werbung. Vgl. dazu: Baumbach-Hefermehl, Rn. 31 zu Einl. UWG.
 - 3) Vgl.: Joetze, S. 148.
 - 4) Die Meinung Hefermehls (vgl. Anm. zum Urte. des BGH vom 8.3. 1962 in GRUR 1962, S. 428 (429)), daß der Ausnahmefall der Abwehr grundsätzlich nur gegenüber unlauterer Werbung, nicht dagegen gegenüber Boykott oder Diskriminierung gegeben sein wird, halten wir für zu weitgehend, da z.B. existenzbedrohende Boykottmaßnahmen zumeist schlagkräftige Abwehrmaßnahmen erfordern.

so zeigt die Praxis, daß insbesondere auf dem weiten Feld der werblichen Auseinandersetzungen zumeist dem Angriff entsprechende Aktionen des Abwehrenden zur Schadensverhinderung erforderlich sind.¹⁾

Zusammenfassend läßt sich somit feststellen, daß sich die Wahl des Abwehrenden zwischen einstweiliger Verfügung, Unterlassungs- bzw. Schadensersatzklage oder Abwehrmaßnahmen allein nach dem durch die Verteidigungssituation zur Schadensbeseitigung oder -verhinderung gesetzten Maßstab der Erforderlichkeit entscheidet, wobei der Grundsatz gilt, daß der Angegriffene unter mehreren wirksamen Verteidigungsmöglichkeiten immer das effektivste Mittel wählen kann, wobei sich nach unserer Ansicht im Einzelfall aufgrund einer besonderen Verteidigungssituation ergeben kann, daß die Verweisung des Angegriffenen auf gerichtliches Vorgehen nicht zumutbar ist.

b) Tauglichkeit des Abwehrmittels

Der Beklagte im Wettbewerbsprozeß, der sein beanstandetes Verhalten in der Regel als Abwehrmaßnahme gewürdigt sehen möchte²⁾, wird mit diesem Einwand häufig abgewiesen - ohne daß die Frage einer Abwehrüberschreitung berührt wird - da sich ergibt, daß seine Handlungsweise kein objektiv taugliches Abwehrmittel darstellte. Zumeist klärt sich der Sachverhalt dahingehend auf, daß der Beklagte nicht die Abwehr eines gegnerischen Angriffs, sondern allein die Erweiterung der eigenen Wettbewerbsposition

1) Vgl.: Vogt, S. 144; Droste (Abwehr), S. 514; Baumbach Hefermehl, Anm. 305 zu Einl. UWG; Cyrus, S. 18; OLG Frankfurt vom 18.10.1973 in WRP S. 98.

2) Vgl.: den von Nolting-Hauff sehr passend gegebenen Vergleich (S. 345): "Ebenso wie es in der großen Politik bekanntlich nur Verteidigungskriege gibt, wird man selten oder nie Prozesse des gewerblichen Rechtsschutzes um Fragen der Reklame finden, in welchem nicht beide Parteien mit einigem Recht behaupten, in der Abwehr gehandelt zu haben."

auf Kosten des Konkurrenten zum Ziel seines Handelns gemacht hatte oder aber das eingesetzte Mittel von vornherein nicht geeignet war, die dem angegriffenen Wettbewerber entstandenen oder drohenden Nachteile abzuwenden. Rechtsprechung und Literatur haben sich daher bemüht, die Frage der Erforderlichkeit einer Abwehrreaktion insbesondere nach der Tauglichkeit des eingesetzten Abwehrmittels zu entscheiden und zu diesem Zweck versucht, allgemeingültige Kriterien herauszuarbeiten.¹⁾ Die dabei angesprochenen Gesichtspunkte, die zum größten Teil uneinheitlich vertreten werden, teilweise auch wieder fallen gelassen wurden und auch in der Rechtsprechung einem steten Wandel unterlagen, lassen sich etwa dahingehend zusammenfassen, daß ein Wettbewerbsverhalten dann zur Abwehr geeignet ist, wenn es zur Abwehr bestimmt ist, d.h., keinen eigenen Angriff beinhaltet, als Abwehrmittel erkennbar ist, in Zusammenhang mit der Angriffshandlung steht und gleicher Art ist wie der auslösende Wettbewerbsverstoß.

aa) Objektive Eignung des Abwehrmittels

Über den allgemeinen Wettbewerbszweck hinaus müssen die zur Abwehr bestimmten Handlungen objektiv geeignet sein, die aus dem

1) Vgl.: Droste (Diss.), S. 61 ff; Joetze, S. 148; Reimer-Pastor, S. 377 (378); Erichsen (GRUR 1958), S. 433; v. Gamm, S. 298; Reimer, D., S. 130; RG vom 25.1.1935 in MuW 1935, S. 151 (154); RG vom 24.1.1935 in GRUR 1936, S. 747 (750/751); RG vom 25.5.1937 in NuW 1937, S. 386 (389); RG vom 20.7.1938 in GRUR 1939, S. 72 (77/78); RG vom 1.7.1939 in GRUR 1939, S. 982 (988); RG vom 11.11.1939 in GRUR 1940, S. 114 (115); RG vom 20.12.1939 in GRUR 1940, S. 307 (308); RG vom 15.5.1941 in GRUR 1941, S. 378 (383); RG vom 8.11.1943 in GRUR 1944, S. 34 (35); BGH vom 8.4.1952 in GRUR 1952, S. 582 (584); BGH vom 12.3.1954 in GRUR 1954, S. 337 (341); BGH vom 5.6.1956 in GRUR 1957, S. 23 (24); BGH vom 3.11.1959 in GRUR 1960, S. 193 (196); BGH vom 29.3.1960 in GRUR 1961, S. 237 (241); OLG Hamburg vom 3.3.1961 in WRP 1961, S. 368 (369); BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (223/224); LG Osnabrück vom 5./19.11.1965 in BB 1966, S. 95 (96); OLG Düsseldorf vom 20.12.1966 in Betrieb 1967, S. 281; OLG Celle, Beschl. vom 15.2.1974 in WRP 1974, S. 277.

Angriff entstandenen oder drohenden Beeinträchtigungen zu beseitigen, ohne sich zu einem eigenen Angriff auszuweiten¹⁾. So hat das Reichsgericht in richtiger Weise einer Reaktion auf einen Wettbewerbsangriff durch herabsetzende Werbeäußerungen die Abwehrtauglichkeit dann abgesprochen, wenn sich der auf eine Abwehrsituation berufende Mitbewerber mit seiner "Verteidigungshandlung" nicht an diejenigen gewandt hatte, an die sich das Vorgehen des Angreifers gerichtet hatte, da eine derartige Maßnahme ersichtlicherweise nicht der Abwehr des Angriffes dienen sollte und dienen konnte²⁾.

Instruktiv ist die konsequente Entscheidung des Landgerichts Osnabrück vom 5./19.11.1965³⁾, die eine Abwehrmaßnahme für unzulässig erklärte, weil sie zur Schadensbeseitigung objektiv nicht geeignet war. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Anläßlich eines Streites zwischen den Herstellern und dem Großhandel einer bestimmten Branche über die Preisgestaltung der Hersteller wurde in dem Fachorgan des Großhandels ein Artikel veröffentlicht, der sich kritisch mit den Fabrikabgabepreisen der Hersteller beschäftigte. Daraufhin kündigte ein Teil der Hersteller - nach Darstellung des Verlages der Fachzeitschrift auf Grund eines gemeinsamen Beschlusses - die bis dahin in der Zeitschrift regelmäßig und an ganz bestimmten Stellen veröffentlichten Inserate. Die Zeitschrift ging nunmehr dazu über, an der Stelle, an der bisher die Inserate abgedruckt waren, die Kündigungsschreiben der betreffenden Firmen zu veröffentlichen und später - als ihr dies durch einstweilige Verfügung verboten worden war - einen entsprechenden, umrandeten Raum freizulassen. In einem Leitartikel, der zu der Kündigung der Inserate Stellung nahm, wurden die Großhändler ge-

1) Vgl.: Droste (Diss.), S. 513; v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 232 zu U § 1 S. 158 und Anm. 233 zu U § 1, S. 159; Joetze, S. 148; Baumbach-Hefermehl, § 1 Rn. 311; Reimer-Pastor, S. 380; Busmann-Droste, S. 60; RG vom 25.5.1937 in MuW 1937, S. 386 (389); RG vom 1.7.1939 in GRUR 1939, S. 982 (988); BGH vom 5.6.1956 in GRUR 1957, S. 23 (24); BGH vom 19.12.1960 in GRUR 1961, S. 288 (289).

2) Vgl.: RG vom 1.7.1939 in GRUR 1939, S. 982 (988).

3) Vgl.: LG Osnabrück, vom 5./19.11.1965 in BB 1966, S. 95/96.

beten, bei ihren Einkaufsdispositionen die Inserate in ihrer Verbandszeitschrift zu beachten. Eine Herstellerin verlangte daraufhin im Klagewege, die Veröffentlichung ihres Kündigungsschreibens und die Freilassung eines ihrem bisherigen Inserat entsprechenden Insertionsraumes zu unterlassen.

Das Landgericht wies den Abwehreinwand der Beklagten gegen den von ihnen behaupteten Inseratenboykott der Hersteller mit der überzeugenden Begründung zurück, daß die Veröffentlichungen objektiv nicht geeignet gewesen seien, die gegenüber dem Handel wirtschaftlich gleich starken Industriepartner zu einer Rücknahme ihrer Inseratenkündigungen zu zwingen.

Festzuhalten ist somit zunächst, daß eine Abwehrhandlung sich nur dann im Rahmen des Erforderlichen hält, wenn der Wettbewerber einem wettbewerbswidrigen Angriff mit zur Abwehr objektiv tauglichen Mitteln begegnet, die geeignet sind, die aus dem Angriff entstandenen oder drohenden Nachteile zu beseitigen bzw. zu verhindern.

bb) Zusammenhangserfordernis zwischen Angriff und Abwehr

In enger Verbindung mit den zuvor erörterten Gesichtspunkten steht das oft im Rahmen der Tauglichkeit des Abwehrmittels angesprochene "Zusammenhangserfordernis" zwischen Angriff und Abwehr. Erichsen¹⁾ hält die Forderung der Gerichte²⁾, daß zwischen

1) Vgl.: Erichsen, S. 127/128 und (GRUR 1954), S. 428.

2) Vgl.: KG vom 9.11.1931 in MuW 1932, S. 253 (255); RG vom 17.11.1931 in MuW 1932, S. 81 (83); RG vom 11.10.1932 in GRUR 1932, S. 1201 (1202); RG vom 25.1.1935 in MuW 1935, S. 151 (154); RG vom 24.1.1936 in GRUR 1936, S. 747 (751); BGH vom 8.4.1952 in GRUR 1952, S. 582 (584); BGH vom 12.3.1954 in GRUR 1954, S. 337 (341/342); BGH vom 5.6.1956 in GRUR 1957, S. 23 (24); BGH vom 3.11.1959 in GRUR 1960, S. 193 (196).

Angriff und Abwehr ein derartiger Zusammenhang bestehen müsse, daß die Abwehrhandlungen als taugliches und adäquates Mittel zur Abwendung eines Angriffes angesehen werden könne, angesichts der Besonderheiten der im Wettbewerbsrecht geschützten Mitbewerberinteressen, insbesondere infolge der gegenüber der Notwehr häufig "längeren" Gegenwärtigkeit, für notwendig. Ohne nähere Begründungen zu geben, will auch ein Teil des Schrifttums den Zusammenhang zwischen Angriffs- und Verteidigungshandlung besonders festgestellt sehen.¹⁾

Diese Forderung läßt insbesondere erkennen, daß sich die Grundsätze zum Abwehrbegriff vor dem Hintergrund des Notwehrrechts entwickelt haben. Aufgrund der bei Notwehrsituationen zumeist augenscheinlichen Verbindung zwischen Angriffs- und Verteidigungshandlungen scheint zunächst die Notwendigkeit zu bestehen, ein entsprechendes Zusammenhangserfordernis auch bei der wettbewerblichen Abwehr zum Gegenstand einer besonderen Prüfung zu machen. Diese Einschätzung würde jedoch die Besonderheiten der Abwehrgrundsätze verkennen! Der Kontext zwischen Angriffs- und Abwehrhandlung findet bereits im Rahmen der Prüfung der Voraussetzung "Bestehen einer Abwehrlage" ausreichende Berücksichtigung, da die Verbindung der Komponenten Angriff und Abwehr bei Bejahung der benannten Voraussetzung zwangsläufig gegeben ist. Eine darüber hinausgehende Prüfung eines Zusammenhangserfordernisses erscheint demzufolge überflüssig;²⁾ insbesondere wird sie nicht - wie Erichsen meint - aufgrund der Besonderheiten der im Wettbewerbsrecht geschützten Mitbewerberinteressen hinsichtlich

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 305 zu Einl. UWG und Rn. 283 zu § 1; Reimer, E., S. 870 Rn. 4; Tetzner, Rn. 67 zu Vorbem. S. 58; Reimer, D., S. 130; Schürholz (Diss.), S. 80; Reimer-Pastor, S. 377; Droste (Diss.), S. 60: "Eine Abwehr gegen einen bestimmten Angriff setzt an sich schon die Befassung mit diesem Angreifer voraus."

2) In seinen jüngsten einschlägigen Entscheidungen hat auch der BGH das Zusammenhangserfordernis nicht mehr ausdrücklich angesprochen; vgl.: BGH vom 7. Juni 1967 in GRUR 1968, S. 382 (385); BGH vom 22.1.1971 in BB 1971, S. 410/411.

der hier "längeren" Gegenwärtigkeit der Angriffe zu fordern sein, da diese ebenfalls bereits bei der "Abwehrlage" zu berücksichtigen ist.

cc) Gleichartigkeit des Abwehrmittels

Die teilweise im Schrifttum und zeitweilig vom Reichsgericht und einigen Obergerichten erhobene Forderung, eine zulässige Abwehrhandlung müsse gleicher Art sein wie die Angriffshandlung¹⁾, hat in der neueren Rechtsprechung keinen Widerhall gefunden. Eine derartige Beschränkung der Abwehrmöglichkeiten würde den Angreifer in ungerechtfertigter Weise gegenüber dem Abwehrenden bevorteilen und diesem u.U. schlagkräftige Verteidigungsmittel aus der Hand nehmen; eine solche Besserstellung sollte aber gerade nicht der Wettbewerbsstörer erfahren! Daher ist die heutige "Abwehrrechtsprechung" zu begrüßen, die den Angegriffenen von dem Erfordernis einer der Angriffshandlung tatsächlich identischen Gegenmaßnahme freistellt und ihm damit die Wahl des effektivsten Abwehrmittels ermöglicht.

1) Vgl.: Diess, S. 149; v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 233 zu U § 1, S. 159; Callmann, § 1 UWG, Rn. 23 (S. 104); Reimer, D., S. 130; RG vom 25.11.1932 in GRUR 1933, S. 249 (251); RG vom 25.1.1935 in MuW 1935, S. 151 (154); KG vom 9.11.1931 in MuW 1932, S. 253 (255); KG vom 17.12.1931 in MuW 1932, S. 307 (308): "Die Abwehrhandlung muß das Moment der Gleichartigkeit in sich tragen." Nicht ganz klar ist die Stellungnahme des OLG Hamburg vom 15.6.1955 (in WRP 1956, S. 72), da die Entscheidungsgründe nicht deutlich machen, ob die Gleichartigkeit des Abwehrmittels ein generelles Erfordernis ist. Dort heißt es: "Nur ausnahmsweise kann eine solche Werbung erlaubt sein, wenn sie zur Abwehr einer auf dem gleichen Gebiet sich bewegenden unzulässigen Werbung des Konkurrenten erforderlich ist." Gegen das Gebot der Gleichartigkeit des Abwehrmittels haben sich ausgesprochen: Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 92; Seubert, S. 966; Erichsen (Diss.), S. 43 und (GRUR 1958) S. 427/428.

dd) Erkennbarkeit des Abwehrmittels

Als weitere Bedingung tauglichen Abwehrverhaltens verlangen Rechtsprechung und einige Vertreter des Schrifttums bei werblichen Auseinandersetzungen, daß die Abwehrmaßnahme als solche kenntlich sein müsse¹⁾. Als taugliches Mittel der Abwehr könne z.B. ein an sich unzulässiger Warenvergleich nur angesehen werden, "wenn die Kreise, an die sich der Abwehrvergleich als angesprochen wendet, erkennen können, daß sich die Abwehrmaßnahme gegen eine ihnen bekannt gewordene wettbewerbliche Beeinträchtigung dessen richtet, von dem sie ausgeht,"²⁾ oder einfacher ausgedrückt, ein Abwehrvergleich gehe schon dann über die Grenzen des Notwendigen hinaus, "wenn überhaupt nicht in einer dem Empfänger erkennbaren Weise gegen etwaige Angriffe Stellung genommen wird".³⁾ Das Postulat der Erkennbarkeit des Abwehrmittels soll danach nicht den Angreifer, sondern vielmehr die Verkehrskreise über den Abwehrcharakter der Maßnahme informieren, zu deren Kenntnis die Angriffshandlung gelangt war. Ob dieses Erfordernis nur für den Abwehrvergleich oder aber generell für alle Abwehrhandlungen Geltung besitzen soll, ist nur von wenigen Vertretern des Schrifttums erörtert worden. Während Erichsen⁴⁾ den

1) Vgl.: RG vom 11.10.1932 in GRUR 1932, S. 1201 (1202); RG vom 24.1.1936 in GRUR 1936, S. 747 (751); RG vom 25.2.1936 in GRUR 1936, S. 651 (654); RG vom 28.5.1938 in GRUR 1938, S. 715 (722); RG vom 1.7.1939 in GRUR 1939, S. 982 (988); RG vom 20.12.1939 in GRUR 1940, S. 307 (308); BGH vom 8.4.1952 in GRUR 1952, S. 582 (584); BGH vom 12.3.1954 in GRUR 1954, S. 337 (341/342); BGH vom 29.3.1960 in GRUR 1961, S. 237 (241); BGH vom 22.1.1971 in BB 1971, S. 410 (411); OLG Bamberg, Beschl. vom 20.3.1953 in GRUR 1953, S. 255 (258); OLG Hamburg vom 27.10.1955 in WRP 1955, S. 272; Koehne, S. 69; Reimer, D., S. 130; Droste, S. 145 (GRUR 1951) und (Diss.) S. 63; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 311; Bussmann-Droste, S. 60; Ulmer-Reimer, S. 318; Sekler, S. 86/87; v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 234 zu U § 1, S. 159.

2) Vgl.: BGH vom 29.3.1960, a.a.O.

3) Vgl.: OLG Bamberg, Beschl. vom 20.3.1953, a.a.O.

4) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 128/129 und (GRUR 1958), S. 433.

Grundsatz der Erkennbarkeit für alle Abwehrmaßnahmen mit der wenig aussagenden Feststellung belegt, daß dieser besonders wichtig sei, weil er ganz speziell auf die Gegebenheiten bei wettbewerblichen Auseinandersetzungen abgestimmt sei, vertritt v. Gamm¹⁾ die Ansicht, daß es an sich nicht zu den Voraussetzungen zulässiger Abwehr gehöre, daß der Verkehr erkenne, gegen wen der Angriff gerichtet sei; diese Frage spiele jedoch für die Notwendigkeit der Abwehrmaßnahme eine Rolle. Baumbach-Hefermehl²⁾ nehmen hierzu differenziert, aber widersprüchlich Stellung, da sie es im Rahmen der allgemeinen Erörterung der Abwehr für zu weitgehend erachten, wenn das Reichsgericht fordere, daß die Abwehrhandlung als solche kenntlich sein müsse, da sie dies insbesondere bei einer Abwehrwerbung ohnehin sei; an anderer Stelle betonen sie demgegenüber jedoch, daß ein Warenvergleich zur Abwehr nur geeignet sei, "wenn die angesprochenen Verkehrskreise auch erkennen können, daß durch den Vergleich eine ihnen bekannte unzulässige Wettbewerbshandlung abgewehrt werden soll".

Sinn und Zweck einer u.U. ja scharf gestalteten Abwehrreaktion dürfen nur darin bestehen, die durch einen Angriff eingetretene Wettbewerbsstörung gezielt zu beseitigen und negative Beeinträchtigungen der Interessen des Abwehrenden auszuräumen oder zu verhindern. Das "Privileg", mit an sich wettbewerbswidrigen Maßnahmen gegen einen Angreifer vorgehen zu dürfen, muß daher dort seine Grenze finden, wo Abwehrhandlungen über den Abwehrzweck hinaus die Konturen eines eigenen Angriffs auf den Mitbewerber gewinnen. In den Fällen werblicher Auseinandersetzung wird dies

1) Vgl.: v. Gamm, S. 298: "Erkennt nur der Betroffene selbst, daß der fragliche Angriff gegen ihn gerichtet ist, besteht regelmäßig für ihn keine Veranlassung, bei seiner Verteidigungsmaßnahme den Gegner in der Öffentlichkeit herabzusetzen bzw. überhaupt die Auseinandersetzung in aller Öffentlichkeit auszutragen." Diesen Gedanken werden wir im Rahmen der "Verhältnismäßigkeit" des Abwehrmittels aufgreifen.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Einl. UWG, Rn. 306 und § 1 UWG, Rn. 311. Die widersprüchlichen Stellungnahmen beziehen sich beide auf die Entscheidung des RG vom 1.7.1939 in GRUR 1939, S. 982 (988).

zum einen immer dann eintreten, wenn das durch eine Abwehrwerbung angesprochene Publikum deutlich über den Empfängerkreis hinausgeht, der von der Angriffsmaßnahme Kenntnis erlangt hatte. Macht die Verteidigungshandlung darüber hinaus ihren Abwehrcharakter nicht deutlich, ist also der vorausgegangene Angriff und die Absicht des Abwehrenden, die beeinträchtigenden Werbebehauptungen zu korrigieren, nicht erkennbar, so besteht die Gefahr, daß selbst die Verkehrskreise, denen der Angriff zur Kenntnis gelangt war, die an sich unlautere Abwehrmaßnahme als Wettbewerbsstörung beurteilen, und die Abwehrmaßnahme daher nicht die Tauglichkeit besitzt, der Lauterkeit und dem Frieden im Wettbewerb zu dienen.¹⁾ Hinsichtlich der Abwehrwerbung kann daher der hM und insbesondere dem Satz Erichsens, daß das Erfordernis der Erkennbarkeit des Abwehrmittels ganz speziell auf die Gegebenheiten bei wettbewerblichen Auseinandersetzungen abgestimmt sei, beigespflichtet werden.

Einer Verallgemeinerung auf den gesamten Bereich wettbewerblicher Abwehr ist diese Erkenntnis aus unserer Sicht jedoch nicht ohne weiteres fähig. Zwar werden auch im nicht werblichen Konkurrenzkampf, der vor einem breiteren Publikum ausgetragen wird, die Abwehrhandlungen als solche erkennbar sein müssen; diese Notwendigkeit kann aber nicht bestehen, wenn die widerstreitenden Wettbewerbshandlungen nicht an die Öffentlichkeit dringen. Beantwortet ein Wettbewerber z.B. einen wettbewerbswidrigen Angriff mittels einer Bezugsbehinderung, indem er, durch Aufkauf aller Rohstoffe über den eigenen Bedarf hinaus, dem Mitbewerber die Erstellung seiner Leistung zu erschweren sucht,

1) Vgl.: Sekler (S. 86/87), der hinsichtlich des Abwehrvergleichs ausführt, daß die Darstellung der zum Vergleich führenden Umstände, diesem in hohem Maße seine aggressive Note nehme und zur Bereinigung der Atmosphäre diene. Demgegenüber verneint Schmidt (S. 116) die Notwendigkeit, daß der Abwehrvergleich als solcher kenntlich sein müßte, da dies sich aus den Umständen, unter denen er vorgenommen werde, ergebe, denn in den meisten Fällen einer Abwehr müsse notwendigerweise auf den Angriff eingegangen werden.

so wird nicht immer aus den Umständen, unter denen die Handlungen vorgenommen werden, deutlich werden, daß es sich hierbei um eine Abwehrmaßnahme handelt. Es wäre in einem so gelagerten Fall überspitzt, wenn die Zulässigkeit der Verteidigungshandlung mit dem Argument verneint würde, der Betroffene habe die Abwehr nicht kenntlich gemacht, zumal der Adressat eines solchen Hinweises überhaupt nur der Angreifer sein könnte, wodurch die Wirksamkeit des Abwehrmittels unter Umständen wesentlich beeinträchtigt würde.

Das Erfordernis der Erkennbarkeit des Abwehrmittels kann somit nur dann ein Kriterium für die Zulässigkeit eines Abwehrverhaltens darstellen, wenn schon der Empfängerkreis, dem der Angriff bekannt geworden ist, eine Verteidigungshandlung ohne erkennbaren Abwehrcharakter, d.h. ohne Verdeutlichung der zur Abwehr nötigen Umstände, als neuerliche Wettbewerbsverletzung beurteilen könnte.

ee) Zusammenfassung der zum Merkmal "Tauglichkeit des Abwehrmittels" erarbeiteten Ergebnisse

Die Betrachtung der seitens der Rechtsprechung und des Schrifttums zum Merkmal "Tauglichkeit des Abwehrmittels" angesprochenen Kriterien hat gezeigt, daß diese nur teilweise zur Kennzeichnung berechtigten Abwehrverhaltens benötigt werden. So wurde festgestellt, daß ein Zusammenhangserfordernis zwischen Angriffs- und Abwehrhandlung keiner besonderen Prüfung bedarf, da dieser Kontext bereits im Rahmen der Prüfung der Voraussetzung "Bestehen einer Abwehrlage" ausreichende Berücksichtigung findet. Weiterhin ergab sich, daß das Erfordernis einer der Angriffshandlung tatsächlich identischen Gegenmaßnahme den wettbewerbsspezifischen Gegebenheiten nicht entspricht.

Festzuhalten ist jedoch, daß eine Abwehrhandlung sich nur dann im Rahmen des Erforderlichen hält, wenn der Wettbewerber einem

wettbewerbswidrigen Angriff mit zur Abwehr tauglichen Mitteln begegnet, die geeignet sind, die aus dem Angriff entstandenen oder drohenden Nachteile zu beseitigen bzw. zu verhindern, wobei die Abwehrmaßnahme dann als solche erkennbar sein muß, wenn schon der Empfängerkreis, dem der Angriff bekanntgeworden ist, eine Verteidigungshandlung ohne erkennbaren Abwehrcharakter als neuerliche Wettbewerbsverletzung beurteilen könnte.

c) Verhältnismäßigkeit (Adäquanz) des Abwehrmittels

Das Merkmal der "Erforderlichkeit" einer Abwehrhandlung befindet sich im Wettbewerbsrecht noch in einem weiteren Punkt und zwar hinsichtlich des Begriffes der "Verhältnismäßigkeit des Abwehrmittels" in der Diskussion. Die in diesem Zusammenhang erörterte grundlegende Frage, ob dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit als Tatbestandsmerkmal der Notwehrbestimmungen selbständige Bedeutung zuzumessen ist, oder im Rahmen des Tatbestandsmerkmals "Erforderlichkeit" zu erörtern ist¹⁾, mag hier dahinstehen, da dieser methodischen Frage hinsichtlich der Beleuchtung der Abwehrtheorien kein Gewicht zukommt.

Wie bereits dargetan, gilt im Notwehrrecht die Regel, daß das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht und dementsprechend für die Intensität der Notwehrhandlung nicht der Wert oder die Schutzwürdigkeit des angegriffenen Gutes im Verhältnis zu dem durch die Verteidigungshandlung entstehenden Schaden maßgebend ist, sondern allein die Gewalt und die Gefährlichkeit des Angriffs²⁾. Nur in krassen Fällen einer Disproportionalität der konkurrierenden Rechtsgüter erkennt die Notwehrlehre den Grundsatz an, daß "mit Kanonen nicht auf Spatzen geschossen werden

1) Vgl.: Soergel-Mormann, Rn. 13 zu § 227; Joetze, S. 150.

2) S. o. S. 66 und die dort in Fußnote Nr. 1 angegebene Literatur.

dürfe" und die Notwehrhandlung in derartigen Fällen rechtsmißbräuchlich sei¹⁾.

Der allgemeinen Notwehrlehre, die also grundsätzlich keine Proportionalität zwischen dem Angegriffenen und dem zu verteidigenden Gut voraussetzt, steht die wohl einhellige Ansicht im Wettbewerbsrecht gegenüber, die besagt, daß die Abwehrmittel in ihrer Intensität denen des Angriffs entsprechen müssen²⁾. Dies bedeutet, daß Abwehrhandlungen, die außer Verhältnis zu denen des Angreifers stehen und daher in inadäquater Weise in die Interessenssphäre des Verletzers eingreifen, unzulässig sind. Diesen Gegensatz zwischen der Notwehrlehre und der hinsichtlich des Gesichtspunktes der "Verhältnismäßigkeit" von der hM im Wettbewerbsrecht vertretenen Auffassung versuchen mehrere Schriftsteller zu entschärfen. So weist Erichsen darauf hin, daß auch nach der heutigen Notwehrlehre "bei krassem Mißverhältnis zwischen Angriffsobjekt und dem durch die Verteidigung bedrohten Gut, eine Berufung auf Notwehr nicht möglich" sei. Einen grundlegenden Erklärungsversuch gibt Joetze. Unter Bezugnahme auf Hubmann³⁾ hält er auch im Rahmen des Notwehrrechts eine Güterabwägung für erforderlich, da das Gesetz in unterschiedlichsten Konfliktsituationen zwischen einer Vielzahl verschiedener

1) Vgl.: Schoenke-Schröder, § 32 Rn. 37; Dreher, § 32 Rn. 20; Metzger-Blei, S. 136; Enneccerus-Nipperdey, 2. Hlbb., S. 1452; Staudinger-Coing, Rn. 7 zu § 227; Baldus in LK, § 53, Rn. 31; Stratenwerth, S. 60; Soergel-Mormann, Rn. 13 zu § 227; Schaffstein, S. 135; Hubmann (Naturrecht), S. 317; Kohlrausch-Lange, Anm. II zu § 53; BGH vom 1.8.1961 in NJW 1962, S. 308 (309), OLG Hamm vom 1.8.1972 in NJW 1972, S. 1826 (1827).

2) Vgl.: Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 92; Seubert, S. 966; Reimer-Pastor, S. 378; Gaul-Bartenbach, S. 430; Tetzner, Anm. 68 a.E. zu Vorbem.; Baumbach-Hefermehl, Rn. 303 und 306 zu Einl. UWG; Eichmann, S. 199; Joetze, S. 146 und 149 ff; Erichsen (Diss.), S. 98 und (GRUR 1958), S. 431; v. Gamm, S. 299; BGH vom 21.11.1958 in GRUR 1959, S. 244 (247); BGH vom 7.6.1967 in GRUR 1968, S. 382 (385).

3) Vgl. Hubmann (Naturrecht), S. 317.

Güter mit Gütern des Angreifers zu entscheiden habe und diese Wertantinomie nicht allein aus der Angriffslage zu lösen sei, da sich nur aus der Abwehrsituation nicht in jedem Falle die unbedingte Schutzwürdigkeit des angegriffenen Gutes ergebe.¹⁾ Den Ausnahmefällen, die eine andere Entscheidung erfordern, würde nur eine negativ gefaßte Verhältnisklausel gerecht, die besage, daß der durch die Verteidigung angerichtete Schaden nicht außer Verhältnis zu dem durch den Angreifer drohenden Schaden stehen dürfe. Dem argumentum e contrario aus § 228 BGB könne dagegen keine Überzeugungskraft beigemessen werden, da gerade die Wettbewerbsverstöße zahlreiche Fälle offenbarten, die zeigten, daß nicht das Schuldprinzip sondern das Veranlassungsprinzip einen tragenden Grundsatz des Notwehrrechts darstelle, dieser aber unbedingt eine Einschränkung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit benötige.²⁾

Der Hinweis Erichsens, daß die allgemeine Notwehrlehre in kras- sen Fällen einer Disproportionalität der konkurrierenden Güter den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit heranziehe, vermag die Brücke zum Proportionalitätsgrundsatz der wettbewerblichen Ab- wehr nicht zu schlagen. Erichsen verkennt, daß im Wettbewerbs- recht Art und Umfang jeder berechtigten Abwehrmaßnahme nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anhand einer den Umständen des Einzelfalles entsprechenden sorgfältigen Abwägung aller beteiligten Interessen zu bestimmen sind.³⁾ Die Verhältnis- mäßigkeitsprüfung der konkurrierenden Interessen findet dement- sprechend bei der Abwehr nicht nur in den Fällen statt, in de- nen die Gefahr besteht, daß mit "Kanonen auf Spatzen geschossen wird". Obwohl auch im Wettbewerbsrecht die Entscheidung, ob eine

1) Vgl. auch Kraft, S. 49 ff.

2) Joetze weist dabei auf die Wettbewerbsverstöße hin, die zwar rechtswidrig seien, aber nicht voraussehbare Eingriffe zei- tigen, weil dem Täter die Rechtskenntnisse mangelten, oder weil die Werbewirkung der Reklame nicht voraussehbar war (vgl. S. 149).

3) Vgl.: Eichmann, S. 199; Reimer-Pastor, S. 378/379.

Abwehrmaßnahme zulässig ist, durch den Grundsatz bestimmt wird, daß der Angegriffene sich wehren darf, und die Interessen des Angreifers daher zunächst geringer bewertet werden als die des Angegriffenen¹⁾, hat hier schon im Gegensatz zum allgemeinen Notwehrrecht bei jeder Abwehrsituation die Prüfung zu erfolgen, ob das Maß des zur Abwehr Erforderlichen durch die Verteidigungshandlung überschritten wurde.

Die gesetzgeberische Entscheidung in § 227 BGB läßt insbesondere mit Blick auf § 228 BGB erkennen, daß die Güter des Angegriffenen grundsätzlich - ohne Beachtung der Proportionalität - höher zu bewerten sind, als die des Angreifers, es sei denn, es handele sich um einen Fall krasser Disproportionalität, für den auch die Notwehrlehre die Lösung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit befürwortet. Diese Entscheidung findet ihre Rechtfertigung darin - und hier setzt die Kritik Joetzes an - daß der Mensch aufgrund seiner normalerweise freien Willensfähigkeit widerrechtliche Angriffshandlungen willentlich ausführt und dementsprechend mit einschneidenden Konsequenzen zu rechnen hat²⁾. Wenn Joetze aufgrund der von ihm an eine Auslegungsregel gestellten Anforderung, daß diese immer auf alle denkbaren Fälle passen müsse, hinsichtlich gewisser Wettbewerbsverstöße darauf hinweist, daß diese nicht schuldhaft seien und er daraus schließt, daß nicht das Schuldprinzip, sondern das - eine Einschränkung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit benötigende - Veranlassungsprinzip einen Grundsatz des Notwehrrechts darstelle, so sehen wir darin keine überzeugende Begründung für die Ansicht, daß das allgemeine Notwehrrecht generell dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterliege. Die Ansicht Joetzes

1) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 379.

2) Vgl.: BGH vom 23.9.1958 in GRUR 1959, S. 130 (133); hier hat der BGH die bewußte Annäherung an die Merkmale einer Konkurrenzware, nicht aber die objektive Verwechslungsgefahr zum Kriterium der Zulässigkeit einer Handlung gemacht.

scheint zunächst durch Kraft¹⁾ erhärtet zu werden, der die geringere Bewertung der Interessen des Angreifers als die des in Notwehr Befindlichen darauf zurückführt, daß der Angreifer die Abwehrhandlung selbst veranlaßt habe. Wenn beide Schriftsteller darauf hinweisen, daß der Angriff gem. § 227 BGB nur rechtswidrig, nicht aber schuldhaft sein müsse, so macht diese Feststellung in richtiger Weise deutlich, daß es für die Zulässigkeit einer Notwehrhandlung nicht entscheidend ist, ob den Angreifer ein Verschulden trifft. Entscheidend ist vielmehr die Veranlassung der Notwehrsituation.²⁾ Kraft hat jedoch ausführlich dargelegt, daß "die Veranlassung der grundlegende, das gesamte Gebiet der Bewertungsprinzipien menschlichen Verhaltens umspannende Grundsatz ist, die verschuldet oder unverschuldet, schlechtgläubig oder gutgläubig erfolgen könne."³⁾ Dementsprechend verläßt eine Erklärung der gesetzgeberischen Entscheidung in § 227 BGB, die Interessen des Angreifers geringer zu bewerten, da der Mensch widerrechtliche Angriffshandlungen in der Regel willentlich oder aber fahrlässig und damit schuldhaft ausführe, so gesehen nicht den Boden des Veranlassungsprinzips. Der Gesetzgeber geht von der Norm der schuldhaften Veranlassung rechtswidriger Angriffe aus und entgeht damit der Notwendigkeit, einem "reinen" Veranlassungsprinzip - das lt. Joetze und Hubmann "eines der schwächsten Zuordnungsgründe für menschliches Verhalten" ist - eine Einschränkung durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zur Seite zu stellen. In den Ausnahmefällen, in denen der Angriff nicht schuldhaft erfolgte - diese macht Joetze zur Grundlage seiner Kritik - wird auch seitens der Notwehrlehre der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bejaht werden müssen. Die Grundsatzentscheidung des

1) Vgl.: Kraft, S. 243.

2) Vgl.: Kraft, S. 243: "Das Verschulden ist in unserem Zivilrecht nur ein Zurechnungsgesichtspunkt für evtl. Schadensersatzansprüche, aber kein Grund für eine materielle Minderbewertung einer Handlung."

3) Vgl.: Kraft, S. 83 ff und S. 242.

Gesetzes, daß im Falle einer Notwehrsituation das angegriffene Gut ohne Berücksichtigung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit als schutzwürdiger zu bewerten ist, kann durch die Ausnahmefälle aber nur modifiziert, nicht aber aufgehoben werden.

Im übrigen vermögen wir dem Argument nicht beizutreten, daß gerade "die Wettbewerbsverstöße ein weites Anschauungsfeld für rechtswidrige Eingriffe in fremde Rechtsgüter geben, die nicht voraussehbar sind, weil dem Täter die Rechtskenntnisse mangelten oder weil die Werbewirkung der Reklame nicht voraussehbar war"¹⁾. Würden die Anforderungen an die am Wettbewerb beteiligten Gewerbetreibenden tatsächlich in diesem Rahmen begrenzt, so würden wettbewerbsrechtliche Schadensersatzansprüche ihre praktische Bedeutung für die Wettbewerbsordnung verlieren und die Gefahr offenkundig, daß "dumm-dreiste" Gewerbetreibende das Lauterkeitsprinzip des Wettbewerbs aushöhlen könnten²⁾.

Festzuhalten ist somit, daß nach der hier vertretenen Ansicht infolge der grundsätzlichen Gleichrangigkeit aller an einer Abwehrlage beteiligten Wettbewerbsinteressen Art und Umfang jeder berechtigten Abwehrmaßnahme nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anhand einer den Umständen des Einzelfalls entsprechenden Interessenabwägung ermittelt werden müssen, wobei die zu lösende Wertantinomie insbesondere durch die infolge der widerstreitenden Verhaltensweisen bereits entstandenen oder potentiellen Schäden bestimmt wird.³⁾ Die damit bei jeder Abwehrsituation notwendig werdende Grenzbestimmung "noch zuläs-

1) Vgl.: Joetze, S. 149.

2) Im Gegensatz zu § 826 BGB genügt für den Schadensersatzanspruch aus § 1 UWG bereits leichte Fahrlässigkeit als Verschuldensmaßstab (vgl. Baumbach-Hefermehl, Rn. 313 zu Einl. UWG).

3) Vgl.: Joetze (S. 150), der von einer negativ gefaßten Verhältnismäßigkeitsklausel spricht: "Der durch die Verteidigung angerichtete Schaden darf nicht außer Verhältnis zu dem durch den Angreifer drohenden Schaden stehen." Vgl. auch Droste (Abwehr), S. 514.

sigen Abwehrverhaltens" stellt für die Wettbewerbspraxis die crux der Abwehrproblematik dar!

Überwiegend wird - wie einleitend festgestellt - heute anerkannt, daß zur Abwehr im Einzelfall unter mehreren Verteidigungsmitteln nicht immer das für den Angreifer schonendste Mittel gewählt werden muß, sondern u.U. auch scharfe Verteidigungsmittel zulässig sind, wenn die Intensität des Angriffes diese erfordern, insbesondere aber nur diese Mittel die dem Angegriffenen entstandenen oder drohenden Schäden sicher abzuwenden vermögen.¹⁾ Doch geben die durchweg allgemein gehaltenen Formulierungen - wie z.B.: die Abwehrhandlung dürfe das Maß des unbedingt Notwendigen bzw. des Erforderlichen nicht überschreiten²⁾, das Maß der Abwehr müsse sich in zulässigen Grenzen halten, die von der Art des Angriffs und seinen Auswirkungen bestimmt werden,³⁾ die Stärke der Abwehr müsse der Stärke des Angriffs entsprechen⁴⁾ oder, zwischen Angriff und Abwehr müsse ein angemessenes bzw. adäquates Verhältnis bestehen⁵⁾ - dem Wettbewerbsrichter im Einzelfall nur wenige praktikable Fingerzeige dafür, wann die Grenze des Zulässigen überschritten wird.

Wenig Schwierigkeiten bereiten naturgemäß die Fälle, in denen der Abwehrende ganz offensichtlich jegliches Maß der Selbstbe-

1) Vgl. o. S. 69 und die dort in Fußnote 1 angegebenen Fundstellen.

2) Vgl.: Reimer, D., S. 131; Gaul-Bartenbach, S. 430, Rn. 47; Bussmann-Droste, S. 60; BGH vom 15.1.1957 in GRUR 1957, S. 278 (279); BGH vom 8.4.1960 in GRUR 1960, S. 431 (433); BGH vom 18.1.1963 in GRUR 1963, S. 371 (374); BGH vom 30.11.1966 in GRUR 1967, S. 308 (311); OLG Stuttgart, Beschl. vom 22.9.1953 in WuW 1953, S. 701 (703).

3) Vgl.: v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 232 zu U § 1, S. 158.

4) Vgl.: OLG Stuttgart vom 6.7.1955 in WRP 1955, S. 250; Seubert, S. 966.

5) Vgl.: BGH vom 12.3.1954 in GRUR 1954, S. 337 (341); BGH vom 5.6.1956 in GRUR 1957, S. 23 (24); BGH vom 3.11.1959 in GRUR 1960, S. 193 (196); BGH vom 22.1.1971 in BB 1971, S. 410; v. Gamm, S. 299; Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 92.

schränkung außer Acht gelassen hat und nach dem Prinzip "Auge um Auge" rücksichtslos alle wettbewerbsgemäßen, guten Gepflogenheiten ignorierte. Namentlich wenn die Verteidigungshandlung in böswilliger oder gehässiger Weise¹⁾ in den Interessenbereich des Gegners eingreift, sei es, daß der Angreifer durch abfällige oder beleidigende Polemik vor dem Publikum herabgesetzt wird²⁾, oder aber Maßnahmen getroffen werden, die eines lauten Wettbewerbs in jeder Hinsicht unwürdig sind³⁾, wird die Inadäquanz des eingesetzten Mittels leicht feststellbar sein. Zu welchen Exzessen der Abwehrkampf führen kann, lassen einige der zahlreichen Beispiele erkennen, die die Rechtsprechung beschäftigt haben:

Als gehässige und unzulässige Bloßstellung des Gegners beurteilte das Reichsgericht⁴⁾ die folgende polemische Veröffentlichung eines Wettbewerbers zur Abwehr einer Schutzrechtsverletzung, "die Klägerin handele in hemmungsloser Irreführung", sie wende den beliebten Trick des entdeckten Diebes an, selbst möglichst laut zu schreien: "Haltet den Dieb!" Das LG Frankfurt⁵⁾ untersagte die Verbreitung eines zur Abwehr einer angeblich unlauteren Preisunterbietung veröffentlichten Rundschreibens, in dem es u.a. hieß: "Inzwischen beschäftigt sich bereits die Staatsanwaltschaft mit der Frage, durch welche illegalen Re-Import-Manipulationen X⁶⁾ überhaupt in den Besitz der von ihm ausgestellten und unter Preis angebotenen X - Waren kommen konnte",

1) Vgl.: Fritze (Äußerungen), S. 101; Koehne, S. 68; Reimer, D., S. 131; Droste (Diss.), S. 64 und weiterhin in "Verbot der bezugnehmenden Werbung", S. 145.

2) Vgl.: RG vom 17.11.1931 in MuW 1932, S. 81 (83); RG vom 1.2.1935 in MuW 1935, S. 148 (149/150); BGH vom 21.2.1964 in GRUR 1964, S. 392 (395); OLG Düsseldorf vom 20.12.1966 in Betrieb 1967, S. 281; LG Frankfurt, Beschl. vom 22.10.1959 in BB 1960, S. 460/461.

3) Vgl.: BGH vom 1.2.1967 in GRUR 1967, S. 430 (431).

4) Vgl.: BGH vom 17.11.1931 in MuW 1932, S. 81 (82/83).

5) Vgl.: LG Frankfurt, Beschl. vom 22.10.1959 in BB 1960, S. 460/461.

6) Eingesetzt durch Verfasser.

und "im Krug des Herrn X zeigen sich schon die ersten Risse". Das Gericht sprach der Veröffentlichung die Abwehrtauglichkeit ab, da derartige substanzlose Andeutungen aufgrund ihrer Vieldeutigkeit mangels nachprüfbarer Tatsachenangaben der Phantasie des Lesers, diese als Vorwurf aller möglichen anrühigen und selbst schmutzigsten Dinge zu interpretieren, freien Raum gewährten. In anderen Fällen hat die Rechtsprechung die Werbung mit einer einseitigen, polemischen oder herabsetzenden Darstellung eines gegen den Mitbewerber geführten Prozesses zur Verfolgung eines Abwehrzweckes für generell unzulässig erklärt.¹⁾ Eine deutliche Grenze zog der BGH²⁾ dort, wo eine unlautere Wettbewerbshandlung, auch wenn sie als Abwehrmittel eingesetzt wurde, den "Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen in sich trägt und damit zu einer Verwilderung der allgemeinen Wettbewerbssitten führt, weil die Mitbewerber aus Wettbewerbsgründen gezwungen wären, die Wettbewerbsmethoden nachzuahmen." Mit dieser Feststellung wandte sich der BGH im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Werbung der Bestattungsunternehmen,³⁾ auch unter den Gegebenheiten einer Abwehrsituation gegen alsbaldig nach einem Todesfall im Trauerhause unaufgefordert erfolgende Werbebesuche von Steinmetzen, um die Angehörigen Verstorbener zu bewegen, Aufträge zur Ausführung von Grabsteinen zu erteilen, da diese Art der Werbung infolge ihrer Taktlosigkeit eines lautereren Wettbewerbs in jeder Hinsicht unwürdig sei.

Diese Beispiele zeigen, daß eklatante wettbewerbswidrige Verhaltensweisen, denen die Untauglichkeit, Abwehrzwecken zu dienen, bereits "auf der Stirn geschrieben steht", die Frage der Adäquanz des Abwehrmittels in eigentlichem Sinne von vorn herein gar nicht aufkommen lassen, ihre Unverhältnismäßigkeit vielmehr von Anbeginn indiziert ist und damit, wie besagt, im Wettbe-

1) Vgl.: OLG Hamburg vom 15.6.1955 in WRP 1956, S. 72.

2) Vgl.: BGH vom 1.2.1967 in GRUR 1967, S. 430 (431/432).

3) Vgl.: RG vom 9.11.1934 in GRZ 145, S. 396 ff; BGH vom 8.7.1955 in GRUR 1955, S. 541 (543).

werbsprozeß wenig Schwierigkeiten bereiten.

Die vielfältigen Kombinationsmöglichkeiten der übrigen wettbewerblichen Maßnahmen, als Angriffshandlungen auf der einen und Abwehrhandlungen auf der anderen Seite, erschweren es jedoch, allgemein-gültige Grundsätze für die Verhältnismäßigkeitsprüfung zwischen Angriff und Abwehr zu finden. Die Maßgabe, daß die Stärke der Abwehr der Stärke des vorangegangenen Angriffs entsprechen muß, bedingt zwar immer eine Einzelfallentscheidung, ein gewisser genereller Rahmen läßt sich aber dadurch gewinnen, daß die in Folge der widerstreitenden Verhaltensweisen bereits entstandenen oder potentiellen Schäden zueinander nicht außer Verhältnis stehen dürfen. Nur in den Fällen, in denen die Existenz des Angegriffenen durch den Angriff bedroht wird, können im Einzelfall auch die Abwehrmaßnahmen ein Maß erreichen, das die wirtschaftliche Vernichtung des Gegners zur Folge haben kann. Grundsätzlich überschreitet eine Abwehrhandlung daher die Grenzen des Notwendigen und Zumutbaren, wenn sie auf die Vernichtung des Mitbewerbers gerichtet ist.¹⁾ Dieses wird nicht nur häufig der Fall sein, wenn der Angegriffene die übrigen Mitbewerber zum Boykott gegen den Angreifer auffordert, sondern zumeist auch dann, wenn der durch einen Wettbewerbsverstoß Betroffene, dem allein der Angriff zur Kenntnis gelangte - gedacht sei an einen Wettbewerbsverstoß bei der Umwerbung eines gemeinsamen Kundens - seine Abwehrmaßnahme so gestaltet, daß die Auseinandersetzung nunmehr in der breiten Öffentlichkeit ausgetragen wird.²⁾

Abgesehen von dem grundsätzlichen Verbot der auf die Vernichtung des Gegners abzielenden Abwehrreaktionen muß der Angegriffene jedoch in der Wahl seiner Mittel, mit denen er dem Angriff ent-

1) Vgl.: Reimer, E., 113. Kap., Rn. 4 (S. 870); Baumbach-Hefermehl, Rn. 307 zu Einl. UWG; RG vom 15.5.1941 in GRUR 1941, S. 378 (383); OLG Stuttgart vom 28.12.1954 in NJW 1955, S. 389; RG vom 2.7.1937 in GRUR 1938, S. 269 (271); a.A.: Koehne, S. 69.

2) Vgl.: v. Gamm, S. 298/299; Wenzel, S. 527.

gegentritt, frei sein, solange diese der Stärke des Angriffs, resultierend aus seiner konkreten Richtung, Tragweite und Schärfe¹⁾ entsprechen und etwaige darüber hinaus an der Abwehrsituation beteiligte Interessen Dritter gebührende Berücksichtigung finden. Infolge dieser Abhängigkeit der Abwehrhandlung von der jeweiligen Intensität des Angriffs lassen sich weitere allgemeine Grundsätze für die Feststellung der Proportionalität zwischen Abwehr und Angriff nicht finden. Was in einem Fall als Abwehrmaßnahme erlaubt ist, kann bei einer anderen Abwehrsituation das adäquate Maß berechtigter Abwehr bereits überschreiten! So hat das Reichsgericht²⁾ z.B. die gegenüber einer wiederholten Zeichenrechtsverletzung an die Abnehmer der Angreiferin gegebene Mitteilung: "... übrigens ist das "Virilin" von seriösen Pharmakologen ... als ein Schwindelpräparat bezeichnet worden", als Herabwürdigung des Präparates der Klägerin bezeichnet, die zur Abwehr weder irgendwie geeignet oder gar notwendig gewesen sei. Demgegenüber hielt der BGH³⁾ - mit der Betonung, daß Art und Maß einer erforderlichen Abwehrmaßnahme "u.a. we-

1) Vgl.: BGH vom 7.6.1967 in GRUR 1968, S. 382 (385); und Pehle, in Anm. zu diesem Urt. in MA 1968, S. 248.

2) Vgl.: RG vom 1.2.1935 in NuW 1935, S. 148 (149).

3) Vgl.: BGH vom 7.6.1967 in GRUR 1968, S. 382 (383, 385/386) mit zustimmender Anm. von Krieger, S. 386/387.
Vgl. auch: BGH vom 22.2.1957 in GRUR 1957, S. 360 (362), wo der BGH unter dem Gesichtspunkt einer Wahrnehmung berechtigter Interessen Veröffentlichungen des Beklagten gegenüber den von der Klägerin hergestellten und vertriebenen Erdstrahlen-Entstrahlungsapparaten für zulässig erachtete, die u.a. folgende Bemerkungen enthielten: "Man sollte es nicht für möglich halten, daß ähnlich primitive und völlig sinnlose Entstrahlungsapparate heute noch vertrieben und an den Mann gebracht werden", ... "Geschäfte machen mit Entstrahlungsapparaten auf Kosten der Gesundheit sehr zahlreicher Menschen" ... "Zauberkästen" ... "verhältnismäßig einfach, die völlige Wirkungs- und Wertlosigkeit nachzuweisen." ... "es dürfte zu hoffen sein, daß ein objektiver, gesunder kritischer Sinn den bösen Spuk der Entstrahlungsapparate allmählich zum Erliegen bringen wird."

sentlich auch durch die Stärke des Angriffs, von der Seite des Verletzten her gesehen, durch die Schwere der ihm durch den Angriff drohenden Rechtsverletzung bestimmt" werden - gegenüber einer Schutzrechtsverletzung eine in deutlicher Sprache abgefaßte Aufklärungsschrift für zulässig. Die in einer Fachzeitschrift veröffentlichte Erklärung der Beklagten enthielt u.a. folgende Bemerkung:

"Wir vermuten, daß dieser Artikel (die Beklagte bezog sich auf einen zuvor in dieser Fachzeitschrift veröffentlichten Artikel der Klägerin) von unserem früheren Vertreter, der Fa. W., Hamburg, in Ihre Zeitschrift lanciert wurde. Wir prozessieren mit Herrn W., da er nachgebaute "Favorit" (es handelt sich um Buschbohnerzeugnisse) in Schleswig-Holstein unter "verbesserte Konserva" oder "Stamm Hansa" in den Handel bringt und die Landwirte nicht darüber in Zweifel läßt, daß sich seine Lieferung nicht von unserer "Favorit" unterscheidet. ... Alle in den letzten Jahren eingeführten und in den Handel gebrachten "Konserva" oder "verbesserte Konserva" oder "Stamm Hansa" oder ähnliche haben sich, man kann wohl sagen bis 99 %, als einwandfreier Nachbau unserer "Favorit" erwiesen. Es ist auch viel einfacher und billiger, nachzubauen..."

Trotz ähnlich gearteter Angriffsmodalitäten - in beiden Fällen wurden die Abwehrhandlungen durch Schutzrechtsverletzungen ausgelöst - kann die Abwägung der rivalisierenden Interessen somit, wie diese Beispiele zeigen, zu sehr gegensätzlichen Beurteilungen der Adäquanz des Abwehrmittels nötigen.

"Was" im Einzelfall zur Abwehr eines Angriffes "notwendig", "geboten" oder "erforderlich" ist, bemißt sich bei gebührender Berücksichtigung aller an der Abwehrsituation beteiligten Interessen, insbesondere nach Art und Stärke des konkreten Angriffs und den daraus resultierenden Beeinträchtigungen des zur Abwehr genötigten Mitbewerbers. Eine generelle Richtlinie für die Prüfung der Proportionalität kann nur darin gesehen werden, daß Abwehrhandlungen zumeist dann unzulässig sind, wenn die Unverhältnismäßigkeit ihnen "bereits auf der Stirn geschrieben steht" oder aber auf die Vernichtung des Angreifers gerichtet sind.

d) Sachlichkeit der Abwehr

Spengler¹⁾ hat das Postulat der Sachlichkeit im Wettbewerb als "Lieblingskind" der Gerichte bezeichnet, das eine unerträgliche Fessel für die Wirtschaft und ihre Verbände darstelle, da die Gefahr bestehe, daß die Gerichte, "eingeschlossen in einen Elfenbeinturm wettbewerbsrechtlicher Begriffe, sich kaum noch Gedanken über die Erfüllbarkeit der von ihnen aufgestellten Verhaltensnormen machen", und daher zu befürchten sei, daß die Stimme der Praxis kein Gehör mehr finde. In der Tat wird seitens der Rechtsprechung und einem Großteil des Schrifttums bei der wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzung und insbesondere bei der Beurteilung von Abwehrmaßnahmen das Gebot strenger Sachlichkeit häufig betont.²⁾ Es mag hier dahingestellt bleiben, ob dem Lösungsvorschlag Spenglers, das strikte Gebot der Sachlichkeit im Wettbewerbsrecht zugunsten einer praxisnäheren Beurteilung wettbewerbsrechtlichen Handelns durch ein Verbot "krasser Unsachlichkeit" oder "übergebührlicher Herabsetzung" zu ersetzen³⁾, beipflichtet werden kann, hinsichtlich der Abwehrproblematik

1) Vgl.: Spengler (Postulat der Sachlichkeit), S. 722-724.

2) Vgl.: Tetzner, Fußnote Nr. 69 zu Rn. 67 (S. 59); Gaul-Bartenbach, S. 430, Rn. 48; v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 232 zu U § 1 (S. 158); Droste (Verbot), S. 145; Busmann-Droste, S. 59; Ulmer-Reimer, S. 318; Reimer, D., S. 131; RG vom 25.5.1937 in MuW 1937, S. 386 (389); RG vom 20.7.1938 in GRUR 1939, S. 72 (77); RG vom 16.1.1941 in GRUR 1941, S. 125 (129/130); RG vom 15.5.1941 in GRUR 1941, S. 378 (383); RG vom 1.4.1942 in GRUR 1942, S. 364 (366); BGH vom 19.12.1960 in GRUR 1961, S. 288 (289); BGH vom 18.1.1963 in GRUR 1963, S. 371 (374); BGH vom 21.6.1966 in GRUR 1966, S. 693 (696); BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (224); OLG Düsseldorf vom 20.12.1966 in Betrieb 1967, S. 281.

3) Vgl.: Spengler (Postulat der Sachlichkeit), S. 724.

stellt das Postulat der Sachlichkeit nach unserer Ansicht kein brauchbares Zulässigkeitskriterium dar.¹⁾

Im Rahmen der Erörterung des Merkmales der "Verhältnismäßigkeit des Abwehrmittels" fanden Fälle, die mit "krasser Unsachlichkeit" oder "übergebührllicher Herabsetzung" gekennzeichnet werden könnten, bereits ausreichende Berücksichtigung, so daß eine neuerliche Prüfung unter einem weiteren Gesichtspunkt - wie Erichsen²⁾ mit Recht feststellt - überflüssig ist. Dieses gilt jedoch nicht nur für die extremsten Fälle "unsachlichen Verhaltens" im Rahmen einer Abwehrstellung, sondern ganz generell für die Beurteilung aller Abwehrhandlungen. Es darf nicht übersehen werden, daß Abwehrhandlungen "an sich" unlauter sind, sie also aufgrund ihres an sich wettbewerbswidrigen Charakters im eigentlichen Sinne niemals sachlich sein können. Mag das Gebot der Sachlichkeit allgemein als Kriterium für die Grenzziehung zwischen wettbewerbsgemäßer und -widriger Verhaltensweise herangezogen werden können; für die Besonderheiten einer Abwehrsituation kann es kein Regulativ darstellen. Wenn Droste³⁾ definiert: "Die Grenze der Sachlichkeit bedeutet, daß nur eine in der Form anständige Beschäftigung mit der gegnerischen Leistung zugelassen wird, die sich jeder gehässigen oder herabsetzenden Bemerkung enthält", so kann diese Aussage nur für die benannten eklatanten wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen Bedeutung haben, da diese per se "unanständig" sind; eine generelle Geltung kann ihr jedoch nicht zukommen, da Abwehrhandlungen ja gerade erst durch

1) Diese Meinung vertreten auch: Erichsen (Diss.), S. 129 und (GRUR 1958), S. 433; Joetze (S. 149), dieser hält das Erfordernis der Sachlichkeit für einen Unterfall der mangelnden Erforderlichkeit; Koehne (S. 68): "Immerhin ist die Grenze dessen, was noch als sachliche Aufklärung gelten kann, nicht einfach zu bestimmen und diese Beschränkung gerade für die Notwehrhandlung nicht immer zutreffend, da hier auch unsachliche Äußerungen als Verteidigungshandlungen zulässig sein können".

2) Vgl.: Erichsen, a.a.O.

3) Vgl.: Droste (Verbot), S. 145.

die Abwehrsituation von dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit befreit werden müssen, um als "anständig" beurteilt werden zu können.

Somit ist festzuhalten, daß "an sich unsachliche" Verhaltensweisen Abwehrzwecken dienen können, wenn die einzelnen Voraussetzungen berechtigter Abwehr gegeben sind, insbesondere die Verhältnismäßigkeit des Mittels bejaht werden kann; einer besonderen Prüfung der Sachlichkeit bedarf es nicht!¹⁾

3. Identitätserfordernis zwischen Angreifer und dem durch die Abwehrmaßnahmen Betroffenen

Zu den anerkannten Grundregeln des allgemeinen Notwehrrechts zählt die Beschränkung, daß Verletzungen von Rechtsgütern uneteiligter Dritter oder der Allgemeinheit durch Notwehr nicht gedeckt werden²⁾. Es wurde bereits an früherer Stelle³⁾ festgestellt, daß diese Frage seitens des überwiegenden Teiles des Schrifttums und der Rechtsprechung auch für das Wettbewerbsrecht dahingehend beantwortet wird, daß eine Verteidigungshandlung nur dann zulässig sei, wenn sich ihre Wirkung zwischen den betreffenden Kampfgenossen entfaltet; der Abwehreinwand demnach versage, wenn auch Rechte oder Interessen außerhalb des Angriffs stehender Personenkreise oder Belange der Allgemeinheit beeinträchtigt werden. Wir haben bereits betont, daß diese Einschrän-

1) Auch die Rechtsprechung des BGH handhabt das Postulat der Sachlichkeit nicht widerspruchsfrei; in der Entscheidung vom 21.6.1966 (in GRUR 1966, S. 693 (696)) wird ausgeführt: "Aber das Constanze-Urteil geht doch grundsätzlich davon aus, daß gewerbeschädigende Werturteile, die den Boden der sachlichen Kritik verlassen, nur dann der Widerrechtlichkeit entkleidet sind, wenn sie nach Inhalt, Form und Begleitumständen zur Wahrung rechtlich geschützter Interessen objektiv erforderlich sind."

2) Vgl.: Soergel-Mormann, Rn. 15 zu § 227; RG vom 30.11.1923 in RGSt 58, S. 27 (29).

3) s. o. S. 41 und die dort in Fußnote 1 aufgeführten Fundstellen.

kung der tauglichen Abwehrmöglichkeiten in dieser Absolutheit nicht haltbar ist. Kann im Bürgerlichen Recht bei der Verletzung von Rechtsgütern unbeteiligter Dritter auf die Notstandsbestimmungen des Bürgerlichen Rechts und im Strafrecht auf die besonderen Unrechtsausschließungsgründe zurückgegriffen werden, um eine solche Handlung auch dem Dritten gegenüber zu rechtfertigen, so stehen diese Rechtsinstitute im Wettbewerbsrecht nicht zur Verfügung. Infolge der grundlegenden Entscheidung, daß alle am Wettbewerb beteiligten Interessen eine gleichrangige Bewertung im Rahmen einer Interessenabwägung erfahren sollen, kann auch der im allgemeinen Recht anerkannte Gesichtspunkt der Güterabwägung - der sog. übergesetzliche Notstand - aufgrund der Gleichwertigkeit der am Wettbewerb beteiligten Interessen für das Wettbewerbsrecht keine Lösung bieten. Konsequenterweise müßten bei Übernahme der Notwehrgrundsätze, entsprechend der hM, die Verletzungen von Drittinteressen ungerechtfertigt bleiben, und die Abwehrhandlung könnte nicht vom Vorwurf der Sittenwidrigkeit befreit werden. Dieses Ergebnis wird denn auch größtenteils vertreten¹⁾. In dem Bewußtsein, daß durch das Verbot der Verletzung von Rechten Dritter der Kreis der tauglichen Abwehrmaßnahmen sehr eng gezogen wird, schlagen einige Schriftsteller einen Kompromiß vor.²⁾ Danach soll die Abwehrhandlung gegenüber dem Angreifer selbst nur wegen der Beeinträchtigung von Rechten Dritter den sie rechtfertigenden Abwehrcharakter nicht verlieren, soweit die sonstigen erforderlichen Vorausset-

1) Vgl.: Tetzner, S. 59, Rn. 68 a.E.; Baumbach-Hefermehl, Rn. 308 zu Einl. UWG; Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 92; Eichmann, S. 199; Ulmer-Reimer, S. 19 und 318; Callmann, § 1 Rn. 21; v. Gamm, S. 299; Kraft, S. 266; RG vom 20.1.1931 in MuW 1931, S. 272 (273); RG vom 3.7.1931 in MuW 1931, S. 523 (525); RG vom 9.3.1937 in GRUR 1938, S. 61 (65); RG vom 15.3.1939 in GRUR 1940, S. 165 (166); BGH vom 8.7.1955 in GRUR 1955, S. 541 (543); BGH vom 22.2.1957 in BGHZ 23, S. 365 (376); BGH vom 8.3.1962 in GRUR 1962, S. 426 (428); BGH vom 1.2.1967 in GRUR 1967, S. 430 (432); OLG Hamm, Beschl. vom 22.4.1975 in WRP 1975, S. 456 (457).

2) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 377; Schramm in Anm. zum Urte. des BGH vom 14.11.1958 in GRUR 1959, S. 146.

zungen gegeben sind¹⁾. Die gleiche Handlung eines Beklagten könnte daher zugleich im Prozeß mit dem angreifenden Kläger als zulässige Abwehrmaßnahme und im Prozeß mit dem unbeteiligten Dritten als Angriffshandlung qualifiziert werden und in diesem Prozeß eine Verurteilung zur Unterlassung und zum Schadensersatz nach sich ziehen. Dieses Ergebnis würde im Widerspruch zu der hier vertretenen Ansicht stehen, wonach die Zulässigkeit wettbewerblichen Handelns anhand einer Gesamtwürdigung aller an der betreffenden Wettbewerbssituation beteiligten Interessen zu bestimmen ist.

Die Zulässigkeitsprüfung einer Abwehrmaßnahme muß mit einer Bewertung abschließen, die allgemeine Gültigkeit besitzt und nicht nur inter partes wirkt! Dieses wird erreicht, wenn von dem grundsätzlichen Identitätserfordernis zwischen Angreifer und dem durch die Abwehrmaßnahme Betroffenen unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen zugelassen werden, die es erlauben, daß in speziellen Abwehrsituationen neben den Interessen des Angreifers auch Interessen sonstiger Konkurrenten oder gar Kollektivinteressen betroffen werden²⁾.

1) v. Godin differenziert noch weiter, indem er die Abwehrmaßnahmen gegenüber dem Angreifer bei Verletzung von Drittinteressen als zulässig beurteilt. Die Verletzung von Interessen der Allgemeinheit beurteilt er dagegen als unzulässig. Der abgewehrte Angreifer könne sich in diesem Falle wiederum gegen die Abwehrmaßnahme verwahren, wenn auch Interessen der Allgemeinheit verletzt wurden (vgl. Wettbewerbsrecht), Anm. 236 zu U § 1, S. 160).

2) In diesem Sinne äußert sich auch ein Teil des Schrifttums: vgl.: Joetze, S. 151/152; Sekler, S. 87; Samwer, S. 327; Spengler (Boykottprobleme), S. 205; Fritze (Äußerungen), S. 101; Burmann (Werberecht), Ziff. 100 IV, S. 5; Hefermehl, in Anm. zum Urt. des BGH vom 8.3.1962 in GRUR 1962, S. 428 (429): "Schließlich ist zu berücksichtigen, daß eine Abwehrmaßnahme grundsätzlich nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn nicht Rechte Dritter verletzt werden." Auch Baumbach-Hefermehl scheinen, wie die Überschrift zur Anm. 308 zu Einl. UWG zeigt, davon auszugehen, daß es sich hinsichtlich des Verbotes der Verletzung von Drittinteressen nur um einen Grundsatz handelt; vgl. auch Sekler, S. 22 und S. 70.

Die im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung kann daher zu dem Ergebnis gelangen, daß das Schutzbedürfnis des angegriffenen Wettbewerbers zu Verteidigungshandlungen nötigte, durch die neben dem Angreifer weitere Kreise belastet wurden, sei es, daß Belange der Allgemeinheit hinter den "elementarsten Lebensinteressen eines ihrer Mitglieder"¹⁾ z.B. bei drohender Existenzvernichtung zurücktreten mußten, oder aber die Interessen der weiteren Mitbewerber z.B. dadurch beeinträchtigt wurden, daß der Abwehrende gegenüber dem Angriff eines Mitbewerbers zu an sich wettbewerbswidrigen Maßnahmen greifen mußte, die der Aufklärung der Abnehmer aller Mitbewerber dienten. Obwohl das Identitätsfordernis seitens der Rechtsprechung niemals ausdrücklich in Frage gestellt wurde, hat auch der BGH in derartig gelagerten Ausnahmesituationen den Interessenkonflikt dahingehend gelöst, daß das Interesse etwa betroffener Mitbewerber zurücktreten müsse, wenn eine Abwehrhandlung ohne Berührung fremder Interessensbereiche nicht möglich war,²⁾ oder ein Abwehrverhalten nur die unumgänglich notwendige Abwehr eines Angriffs darstellte und nicht über das zur Abwehr notwendige Maß in die Belange der Allgemeinheit oder der übrigen Mitbewerber eingriff³⁾.

Mit dem Hinweis, daß auch in derartig gelagerten Ausnahmesituationen das zur Abwehr notwendige Maß, in Belange Dritter einzugreifen, nicht überschritten werden dürfe, ist ein Indiz dafür gegeben, unter welchen Voraussetzungen der Grundgedanke der erforderlichen Identität zwischen Angreifer und dem durch die Abwehrhandlung Betroffenen Ausnahmen zuläßt. Eine eingehende Überprüfung der Einzelerfordernisse berechtigten Abwehrverhaltens, insbesondere der unter dem Merkmal "Erforderlichkeit" aufgeführten Gesichtspunkte und die sorgfältige Abwägung der an der spezifischen Abwehrsituation unmittelbar oder mittelbar beteiligten

1) Vgl.: Joetze, S. 151/152.

2) Vgl.: BGH vom 29.3.1960 in GRUR 1961, S. 237 (241).

3) Vgl.: BGH vom 8.4.1960 in GRUR 1960, S. 431 (433).

Interessen kann, abgesehen von den Fällen, in denen Abwehrhandlungen geeignet sind, Dritte oder die Allgemeinheit irrezuführen (§ 3 UWG) oder anderweitig grobe Störungen des Wettbewerbsfriedens hervorzurufen, zu einer Gesamtbewertung führen, die der Abwehrmaßnahme nicht die Zulässigkeit versagt, obwohl Interessen Dritter tangiert werden. Mögen die so beeinträchtigten Verkehrskreise die Verhaltensweise des Abwehrenden auch als lästig empfinden, so kann ihr insgesamt ein die Lauterkeit des Wettbewerbs fördernder Charakter nicht abgesprochen werden.¹⁾

Es ist selbstverständlich, daß eine solche Betrachtung nicht auf dem Boden der allgemeinen Notwehrlehre stehen kann, sie birgt jedoch den Vorteil, überzeugende Ergebnisse zu bieten. Aus dieser Sicht läßt sich eine durch alle betroffenen Interessenbereiche bestimmte, gleichlautende Bewertung einer Abwehrmaßnahme erreichen, die die bei der Übernahme der Notwehrlehre mißliebigen praktischen Konsequenzen auszuräumen vermag. So wird verhindert, daß ein Angreifer (der in aller Regel neben dem unmittelbar Angegriffenen auch noch weitere Interessen verletzt hat) in jedem Falle davon profitieren soll, daß der Abwehrende dem seitens der hM geforderten Identitätserfordernis zwischen Angreifer und dem durch die Abwehrhandlung allein Verletzten²⁾ nicht Genüge getan hat. Darüber hinaus werden Manipulationen zwischen Angreifer und sonstigen, durch die Abwehrmaßnahme Betroffenen gegenüber dem Abwehrenden ausgeschaltet, die bei der Anwendung der Notwehrgrundsätze leicht bewirken könnten, daß der Abwehrende auf seine Verteidigung verzichtet, weil der Angreifer in der Lage ist, für den Fall einer Abwehrhandlung mit der Schadensersatzklage des wahrscheinlich ebenfalls in seinen Interessen verletzten und mit dem Angreifer in Beziehung stehenden Dritten

1) Vgl.: Sekler, S. 87; Spengler, S. 205; Burmann((Werberecht), Ziff. 100 IV, S. 5,)spricht in diesen Fällen von der "vorrangigen Einstufung des funktionellen Elementes des Wettbewerbs."

2) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 34 und 37 ff, und (GRUR 1958), S. 427; Reimer-Pastor, S. 377.

drohen zu können.

Die Ablehnung des strengen Identitätserfordernisses zwischen der Person des Angreifers und dem durch die Abwehrhandlung allein Verletzten, wie es die hM und insbesondere Erichsen und Reimer fordern, garantiert eine eindeutige, der Rechtssicherheit dienenden Beurteilung aller Abwehrmaßnahmen. Diese führt zu praktisch vernünftigen und den wohlverstandenen Interessen aller Marktbeteiligten und der Allgemeinheit entsprechenden Ergebnissen, die geeignet sind, die durch einen Angreifer ausgelöste Störung des Wettbewerbsfriedens schnell und wirkungsvoll zu beseitigen.

4. Wahrhaftigkeit des Abwehrmittels

Das allseitig herausgestellte Erfordernis der Wahrheit und insbesondere das daraus resultierende Verbot der Irreführung (§ 3 UWG) bezeichnet zweifelsfrei eine der wichtigen Schranken, die auch im Rahmen einer Abwehrreaktion niemals überschritten werden dürfen, da unwahre oder irreführende Handlungsweisen im Wettbewerbsrecht niemals einem schützenswerten Interesse dienen können,¹⁾ da eine Befriedung der durch einen Angriff gestörten Wett-

1) Vgl.: Ulmer-Reimer, S. 318; Reimer, D., S. 132; Baumbach-Hefermehl, Rn. 312 zu § 1 UWG; Droste (Diss.), S. 65 und (Verbot), S. 146; v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 236 zu U § 1 (S. 160); Ulmer, E., S. 773; Rosenthal-Leffmann, Rn. 48 zu § 1 UWG (S. 124); Reimer, E., Rn. 5 auf S. 872; Seubert, S. 966; Burmann (Wettbewerbsliche Probleme), S. 1358; Joetze, S. 151; Reimer-Pastor, S. 379; RG vom 3.7.1931 in MuW 1931, S. 523 (525); RG vom 28.9.1934 in MuW 1934, S. 465 (467); RG vom 27.11.1936 in JW 1937, S. 1149; RG vom 9.3.1937 in MuW 1937, S. 295 (297); RG vom 15.3.1939 in GRUR 1940, S. 165 (166); RG vom 17.4.1944 in GRUR 1944, S. 154; BGH vom 12.3.1954 in GRUR 1954, S. 337 (341); BGH vom 30.11.1966 in GRUR 1967, S. 308 (311); OLG Bamberg, Beschl. vom 20.3.1953 in GRUR 1953, S. 255 (257/258); OLG Hamburg vom 27.10.1955 in WRP 1955, S. 272; OLG Stuttgart vom 12.10.1961 in BB 1962, S. 350; widersprechend dagegen die Entscheidung

bewerbssphäre durch eine Irreführung nicht vorstellbar ist, selbst dann nicht, wenn der Angriff ebenfalls mit irreführenden Wettbewerbsmaßnahmen geführt wurde. Die Grenzziehung zwischen Wahrheit und Unwahrheit einer wettbewerblichen Behauptung und die Beurteilung, ob eine Maßnahme geeignet ist, irreführende Wirkungen zu zeitigen, haben aus der Sicht der durch die Abwehrhandlung Betroffenen zu erfolgen, wobei keine objektiven Maßstäbe anzulegen sind, sondern die Durchschnittsauffassung des jeweils maßgeblichen Publikums ausschlaggebend ist.¹⁾ Nur die Handlungen, die unmißverständlich gestaltet den tatsächlich vorhandenen wettbewerblichen Gegebenheiten Ausdruck verleihen, können somit als zulässiges Abwehrverhalten Anerkennung finden²⁾. Die Beachtung dieses Wahrheitsgebotes impliziert - wie wir im Rahmen der Bestimmung der Grenzen des Abwehreinwandes im folgenden Kapitel näher beleuchten werden - daß einer gewissen Zahl wettbewerblicher Tatbestände schon generell die Abwehrtauglichkeit genommen wird.

(Fortsetzung von Fußnote 1 auf S.

des BGH vom 14.7.1961 in GRUR 1962, S. 45 (49): "Zur Abwehr einer derartigen Irreführung wäre es nämlich nicht erforderlich gewesen, mit einer Irreführung ... zu antworten. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn das berechnete Interesse des Abwehrenden nur auf diese Weise hinreichend hätte geschützt werden können." Der Ansicht, daß in bestimmten Fällen auch die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit in Abwehr beeinträchtigt werden dürfen, ist zuzustimmen; doch ist die Zulassung irreführender Maßnahmen auch in derartigen Fällen nach unsere Ansicht nicht zu vertreten.

1) Vgl.: Droste (Verbot), S. 146; Baumbach-Hefermehl, Rn. 2 zu § 3 UWG; RG vom 9.11.1934 in MuW 1935, S. 65 (67); BGH vom 11.5.1954 in BGHZ 13, S. 244 (255/256).

2) Der von Freiburger (vgl. S. 50) für das Wettbewerbsrecht aufgestellte Grundsatz der Wahrhaftigkeit: "Wahrhaftigkeit, der unmißverständliche, mit den Tatsachen übereinstimmende Ausdruck dessen, was geschäftlich geleistet und gewollt wird, ist eine Bedingung lauterer Wettbewerbs", hat somit auch für die Abwehrproblematik grundlegende Bedeutung.

5. Abwehrzweck (kein eigener Angriff)

Keinem Zweifel kann das allseitig betonte Erfordernis unterliegen, daß Abwehrmaßnahmen ein Handeln zum Zwecke der Abwehr bedingen, sie also bestimmt sein müssen, einer Angriffshandlung zu begegnen¹⁾. In dieser Hinsicht besteht eine völlige Übereinstimmung mit den Grundsätzen der allgemeinen Notwehrlehre, bezüglich derer schon Eltzbacher²⁾ hervorhob: "Die Notwehr ist mir nicht zu dem Zwecke gegeben, Veränderungen, die mir günstig sind, herbeizuführen, sondern nur dazu, solche, die mir ungünstig sind, zu verhindern. Das scharf eingreifende Mittel der Notwehr soll nicht zum Angriff, sondern nur zur Verteidigung verwandt werden." Auch der im Wettbewerb in eine Verteidigungsstellung gedrängte Mitbewerber muß sonach die Verteidigungshandlung in der Absicht treffen, einen Angriff abzuwehren und sich dementsprechend eigener Angriffe auf den Störer enthalten³⁾. Dabei bleibt es dem Angegrif-

1) Vgl. die in Fußnote Nr. 1 auf S. 77 angegebenen Fundstellen; insbesondere BGH vom 22.1.1971, a.a.O.; RG vom 20.12.1939, a.a.O.; und auch Schramm, in Anm. zum Ur. des BGH vom 14.11.1958 in GRUR 1959, S. 146 Ziff. 4.

2) Vgl. Eltzbacher, Textspalte 241; so auch BGH vom 3.11.1959 in GRUR 1960, S. 193 (196).

3) Es bedarf daher keiner besonderen Betonung, daß ein Beklagter sein wettbewerbswidriges Tun nicht nachträglich zu einem finalen Abwehrhandeln umformen darf (so Reimer-Pastor, S. 377), da diese Möglichkeit bereits durch das Erfordernis der Absicht, zur Abwehr eines Angriffs tätig zu werden, ausgeschlossen wird.

Im übrigen scheint uns das diesbezügliche von Pastor zitierte Urteil vom 8.3.1962 in GRUR 1962, S. 426 (428) unglücklich gewählt zu sein, da die Entscheidung nicht ausschließt, daß der Beklagte in dem Glauben gehandelt hat, er handele in wettbewerbllicher Abwehr, da der Schokoladenhersteller ihn durch Nichtbelieferung unter Verstoß von § 26 Abs. 2 GWB diskriminiere, so daß die Deutung Pastors, hier handele es sich um den Fall der Umformung wettbewerbswidrigen Tuns zu einem finalen Abwehrhandeln, aus unserer Sicht nicht möglich ist; dem Ergebnis, daß das Handeln des Beklagten idF auch unter dem Aspekt der Abwehr nicht zuzulassen war, ist zuzustimmen.

fenen unbenommen, mit der Abwehrmaßnahme neben Abwehrzwecken auch andere Wettbewerbszwecke zu verfolgen, da dieses anerkanntermaßen eine wettbewerbliche Abwehr noch nicht unzulässig macht¹⁾.

Nachdem Reimer-Pastor dargelegt haben²⁾, daß eine Abwehrmaßnahme begrifflich nur etwas sein könne, was sich als gezielte Handlung gegenüber rechtswidrigen Angriffen erweise und insoweit das Vorliegen eines subjektiven Moments erforderlich sei, verweisen sie auf eine Entscheidung des OLG Hamburg und stellen fest, daß keine Abwehr sondern unzulässige Selbsthilfe vorliege, wenn die Abwehrhandlung nicht gegen die Handlung des Angreifers gerichtet sei, sondern lediglich auf eine Minderung des Schadens abziele. Diese Bemerkung ist in ihrer allgemein gehaltenen Fassung zumindest mißverständlich. Der Abwehrzweck einer Verteidigungshandlung wird immer vorrangig darauf gerichtet sein, die aus einem Angriff entstandenen oder drohenden Nachteile zu beseitigen bzw. zu verhindern; einem Handeln, das sich gegen die Folgewirkungen eines noch gegenwärtigen Angriffes richtet, kann somit grundsätzlich nicht die Abwehrtauglichkeit abgesprochen werden, wenn es "lediglich" auf eine Minderung des Schadens abzielt. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Wettbewerbsfrieden nach erfolgtem Angriff bereits wieder eingetreten ist; insofern ist auch der Entscheidung des OLG Hamburg zuzustimmen.

Auch nach der hier vertretenen Ansicht hält sich somit eine Abwehrhandlung nur dann im Rahmen des Zulässigen, wenn der Wettbewerber einen wettbewerbswidrigen Angriff mit zur Abwehr objektiv tauglichen Mitteln begegnet, die geeignet und in subjektivi-

1) Vgl.: BGH vom 22.1.1971 in BB 1971, S. 410 (411); BGH vom 14.7.1961 in GRUR 1962, S. 45 (48); RG vom 10.1.1936 in GRUR 1936, S. 982 (984).

2) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 376; OLG Hamburg vom 3.3.1961 in WRP 1961, S. 368 (369), dessen 2. Leitsatz lautet: "Eine Abwehrhandlung ist nicht gegeben, wenn es dem Abwehrenden nicht darauf ankommt, den Angriff anzuwehren, sondern den ihm entstandenen Schaden zu mindern, der Abwehrende also in Selbsthilfe handelt."

ver Hinsicht seitens des Abwehrenden dazu bestimmt sind, die aus dem Angriff entstandenen oder drohenden Nachteile zu beseitigen bzw. zu verhindern.

III. Untersuchung besonderer Erscheinungsformen des Abwehr- einwandes

Die Notwehrbestimmungen der §§ 227 BGB und 32 StGB gestatten Verteidigungshandlungen, um einen Angriff "von sich oder von einem anderen abzuwenden" und regeln damit auch die Fälle der sogenannten "Notwehrhilfe", in denen Notwehr zugunsten eines Dritten geübt wird. Es stellt sich die Frage, ob auch und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen im Wettbewerbsrecht in gleichgelagerten Fällen eine "Abwehrhilfe" zulässig sein kann.

Daneben bedarf es der Erörterung, ob und unter welchen Prämissen ebenfalls die Entschuldbarkeit des Notwehrexzesses und die Grundsätze der Putativnotwehr in das Wettbewerbsrecht übernommen werden können.

1. Zulässigkeit einer Abwehrhilfe

Nur wenige Schriftsteller nehmen zu der Frage Stellung, ob auch im Wettbewerbsrecht "Abwehrhilfe" zulässig sein kann. Reimer¹⁾ überträgt die Regeln der Notwehrlehre ohne Einschränkung auf das Wettbewerbsrecht, wenn er ausführt, "der Angriff braucht also nicht bzw. nicht allein den Abwehrenden zu betreffen, sondern kann sich auch oder sogar nur gegen Dritte richten." Er verweist

1) Vgl.: Reimer, E., S. 872, Rn. 6.

auf die Entscheidung des RG vom 6.5.1915 (Leipziger Zeitungsstreit¹⁾), in der scharfe Abwehrhandlungen einiger Zeitungsverleger zugelassen wurden, da diese nicht nur eigene Interessen, sondern auch diejenigen der Öffentlichkeit gegenüber dem Kläger wahrnahmen. Reimer schließt die Bemerkung an, daß dieses Urteil ebenso hätte lauten müssen, wenn die Beklagten ausschließlich fremde Interessen wahrgenommen hätten. Demgegenüber halten Gaul-Bartenbach²⁾ die zivilrechtlichen Grundsätze der Nothwehrhilfe im Rahmen der Werbung für nicht anwendbar. Die Werbung diene nur eigenen Interessen, so daß eine Wahrung fremder Interessen insoweit nicht zulässig sei. Gleichlautend mit Joetze³⁾ sollen Handlungen zur Wahrung von Fremdinteressen allenfalls von Verbänden zugunsten ihrer Mitglieder oder von Konsumentenverbänden im Rahmen ihrer aufklärenden Tätigkeit zugunsten eines Unternehmens zugelassen werden. Joetze verneint die Nothilfe im Wettbewerbsrecht, weil ein Wettbewerb zugunsten eines Dritten - er behandelt aber nur das Gebiet der Werbung - zumeist nicht von einer Verteidigungsabsicht, sondern von der Absicht getragen sei, den Angreifer zu schädigen. Im übrigen würde das Publikum eine Reklame zugunsten eines anderen instinktiv als einen Widerspruch in sich selbst empfinden und daher nicht beachten. Nothilfe zugunsten der Rechtsgüter der Allgemeinheit lehnt er unter Berufung auf die herrschende Meinung für das Wettbewerbsrecht ab, ohne eine nähere Begründung zu geben. Dem Vorwurf der Inkonsistenz begegnet Joetze damit, daß die Ablehnung der Nothilfegrundsätze für das Wettbewerbsrecht keine wettbewerbsrechtliche Ausnahme von § 227 BGB darstelle, da daraus, daß der Verletzte selbst nichts unternimmt, in aller Regel geschlossen werden könne, daß er selbst nicht abwehren wolle; dann hätte aber auch der Dritte - entsprechend dem allgemeinen Grundsatz der Nothilfe, daß diese nicht statthaft ist, wenn der Angegriffene sich

1) Vgl.: RG vom 6.5.1915 in JW 1915, S. 913.

2) Vgl.: Gaul-Bartenbach, S. 430, Rn. 49.

3) Vgl.: Joetze, S. 151.

nicht verteidigen will oder aber beabsichtigt, eigene Abwehrmaßnahmen zu treffen - kein Recht, ihm seine Hilfe aufzudrängen, zumal dem Dritten zumeist die Verteidigungsabsicht und der Reklame zugunsten eines Angegriffenen die Werbewirksamkeit fehle.

Die generelle Befürwortung von Nothilfehandlungen im Wettbewerbsrecht ist unserer Ansicht nach ebensowenig mit den spezifischen Besonderheiten des Wettbewerbs zu vereinbaren, wie deren kategorische Ablehnung. Das allgemeine Notwehrrecht erkennt grundsätzlich an, daß auch der Staat ein "anderer" im Sinne der §§ 227 BGB, 32 StGB sein kann; Zweifel bestehen jedoch, inwieweit Privatpersonen zu Nothilfehandlungen im Interesse des Staates berechtigt sind¹⁾. Es hat sich hier die Meinung durchgesetzt, die die Staatsnothilfe neben dem Schutz staatlichen Vermögens auf die Fälle beschränkt, bei denen die rechtlich geschützten "Lebensinteressen" des Staates - wie z.B. bei Hoch- und Landesverrat - betroffen sind, da abgesehen von diesen Fällen in aller Regel davon auszugehen ist, daß der Staat seine Güter gegen Angriffe selbst schützen kann und will.

Im Wettbewerbsrecht ist nach unserer Ansicht jedoch eine reine "Staatsabwehrhilfe" abzulehnen, da ein Handeln nur zum Schutz des Staates keine Wettbewerbshandlung im Sinne der im 2. Kapitel²⁾ festgelegten Bestimmung darstellt, wenn die Absicht, den eigenen Wettbewerb zu fördern, gegenüber einem Handeln zum Schutz des Staates völlig in den Hintergrund tritt³⁾. Ob in diesen Fällen der Gesichtspunkt der "Wahrnehmung berechtigter Interessen"

1) Vgl.: Soergel-Mormann, Rn. 24 zu § 227; Staudinger-Coing, Rn. 6 zu § 227; Schoenke-Schröder, § 32, Rn. 6; Dreher, § 32, Rn. 7; BGH vom 2.10.1953 in BGHSt 5, S. 245 (247).

2) s. o. S. 5 ff.

3) Vgl.: Sekler, S. 10/11.

eingreift, ist eine andere Frage und kann hier dahinstehen¹⁾. Da ein wettbewerbliches Handeln jedoch nicht verlangt, daß die Absicht wettbewerblichen Verhaltens die einzige Zielsetzung der Handlung ist, sind Fälle einer "Staatsabwehrhilfe" dort denkbar, wo neben dem Schutz der eigenen Wettbewerbsinteressen auch der Schutz staatlicher Interessen das Ziel der Handlung ist. Sekler²⁾ hat für eine solche Fallkonstellation ein plastisches Beispiel aufgezeigt, das wir hier wiedergeben wollen:

B stellt künstlichen Essig her, der besonders billig ist. Der Naturessigfabrikant A weist in der Öffentlichkeit darauf hin, daß der Essig des B ein starkes Gift sei und - was auch der Wahrheit entspricht - viele Vergiftungen mit Todesfolge herbeigeführt habe. A handelt einerseits in der Absicht, sich gegen die sittenwidrige Konkurrenz des B zu wehren, andererseits verhindert er die rechtswidrigen Angriffe des B auf die Gesundheit und das Leben der Verbraucher.

Dieses Beispiel zeigt, daß die teilweise Zulassung der Abwehrhilfe zugunsten des Staates oder bestimmter Kreise der Öffentlichkeit wettbewerbsgemäße Ergebnisse zeitigen kann. Im übrigen brächte das generelle Verbot einer Abwehrhilfe zugunsten des Staates im Wettbewerbsrecht erhebliche Beurteilungsschwierigkeiten in den Fällen, in denen sich Eigenabwehr und "Staatsabwehrhilfe" paaren. Wir halten daher fest, daß das Wettbewerbsrecht im Gegensatz zur allgemeinen Notwehrlehre eine "reine Staatsabwehrhilfe" nicht zulassen kann, diese aber sehr wohl neben den Schutz der eigenen Wettbewerbsinteressen treten darf.

Wie bereits dargetan, werden auch hinsichtlich einer Abwehrhilfe

1) Vgl.: Reimer, E., S. 872, Rn. 6: "Der Fall liegt ähnlich der Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB, worunter nach richtiger Auffassung auch die berechnete Wahrnehmung fremder Interessen verstanden wird. Wann man ein solches "berechtigtes Interesse" anzunehmen hat, ist Tatfrage."

Zur Abgrenzung der Abwehr zum Begriff der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" im Wettbewerbsrecht wird im 5. Kapitel unter V. noch näher Stellung genommen.

2) Vgl.: Sekler, S. 11.

zugunsten sonstiger Dritter, etwa zugunsten der Interessen eines Mitbewerbers (ein kapitalstarker Mitbewerber setzt sich für die Interessen eines z.B. kapitalschwachen Konkurrenten ein, weil er verhindern möchte, daß der marktbeherrschende Angreifer den Marktanteil des "Kleinen" übernimmt) oder zugunsten eines sonstigen Gewerbetreibenden (ein Endabnehmer setzt sich für die ihn seit langer Zeit zufriedenstellenden Produkte seiner Lieferfirma ein) unterschiedliche Auffassungen vertreten. Die ablehnenden Stimmen führen als Beispiel zumeist das Gebiet der Werbung an. Die zu diesem Fragenkomplex getroffenen Feststellungen, daß die Werbung nur eigenen Belangen diene und das Publikum eine Reklame zugunsten eines Dritten instinktiv als Widerspruch in sich selbst empfinden wird, begründen zwar in richtiger Weise, daß Abwehrhilfe mit werblichen Mitteln den wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten zuwiderläuft, sie berücksichtigen jedoch keineswegs, daß zum Schutze eines Dritten auch andere als werbliche Mittel eingesetzt werden können. Hierzu ein Beispiel:

Wenn das marktbeherrschende Unternehmen A einen Ver-nichtungswettbewerb gegen einen kapitalschwachen, aber z.B. wegen seiner Patente auf dem Markt bedeutenden Konkurrenten B betreibt, und B wirtschaftlich nicht in der Lage ist, den Angriffen zu begegnen, so könnte sich ein weiterer Mitbewerber C für B einsetzen, indem er seinen Zulieferer, der auch A beliefert, zum Boykott der Firma A aufruft, dem dieser auch Folge leistet, weil C sein größter Kunde ist. Das Beispiel ist dann als wettbewerbsnah zu bezeichnen, wenn C z.B. aus bestimmten Gründen ein Interesse an der Pluralität des Marktangebotes hat - nach den allgemeinen Notwehrgrundsätzen schließt ein Eigeninteresse eine Notwehrhilfe nicht aus - oder aber daran denkt, in Zukunft mit B zu fusionieren, um zu verhindern, daß A den Marktanteil des Konkurrenten B übernehmen kann.

Einer so gearteten Abwehrhilfe könnte nicht - wie Joetze meint¹⁾ - entgegengehalten werden - natürlich unter der Voraussetzung, daß

1) Vgl.: Joetze, S. 150/151.

die getroffene Maßnahme "erforderlich" war, kein Vorgehen gem. § 13 Abs. 1 UWG geboten gewesen wäre, oder einen Verstoß gegen § 26 Abs. 1 GWB beinhalten würde -, daß kein echter Verteidigungswille vorgelegen habe, sondern nur der Wille, dem anderen zu schaden. Und auch daraus, daß der Verletzte selbst nichts unternahm, wird im Wettbewerbsrecht nicht immer geschlossen werden können, daß dieser den Angriff nicht abwehren wollte. Während im Rahmen des allgemeinen Notwehrrechts eine physische Unterlegenheit, insbesondere aber moralisch-ethische Motive den verletzten Rechtsgutsträger zum Verzicht auf eine Notwehrreaktion bewegen und daher einem Dritten das Recht nehmen können, ihm seine Hilfe aufzudrängen, entscheiden im Wettbewerbsrecht bei der Abwehr eines wettbewerbswidrigen Angriffs Kapitalkraft, wirtschaftliches Risiko und wettbewerbsliche Effektivität über die Wehrfähigkeit des angegriffenen Wettbewerbers sowie über das Für und Wider einer Abwehrhandlung, so daß ein vorhandener Abwehrwille häufig nur aufgrund der wirtschaftlichen Unterlegenheit des Angegriffenen nicht zu einer entsprechenden Abwehrreaktion führt.

Somit sind im Wettbewerbsrecht Konstellationen denkbar, in denen seitens eines Wettbewerbers Abwehrhilfe zugunsten eines betroffenen Verkehrskreises, insbesondere eines Konkurrenten oder sonstigen Gewerbetreibenden zulässig sein können.¹⁾ Daß dieses nicht häufig der Fall sein wird, braucht nicht dazu zu führen,

1) Vgl.: BGH vom 14.7.1961 in GRUR 1962, S. 45 (47), wo der BGH ausführt: "Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß es zur Begründung der Wettbewerbsabsicht auch genügt, wenn der Handelnde bestrebt war, sich vor Schaden zu bewahren und insbesondere, Kunden nicht zu verlieren.

Steht aber für die Frage der Wettbewerbsabsicht die Förderung fremder wettbewerbslicher Interessen der Förderung eigener Interessen gleich, so muß es auch genügen, daß die Absicht der Bewahrung vor Schaden sich auf eine dritte Person oder eine Personengruppe bezieht."

Vgl. auch Kukat, S. 734 für die Ausnahmetatbestände der vergleichenden Werbung.

diese Möglichkeit generell zu verneinen. Dennoch kann der von Sekler¹⁾ vertretenen wesensmäßigen Gleichbewertung der Abwehrhilfe mit der Abwehr von Verletzungshandlungen, die gegen eigene Interessen eines Wettbewerbers gerichtet sind, nicht gefolgt werden, da wie besagt z.B. Abwehrhilfe mit werblichen Mitteln nicht zulässig sein kann.

2. Putativabwehr und Abwehrexzeß

Rudloff-Blochwitz haben die Geltung des § 53 Abs. 3 StGB a.F.²⁾, der eine Notwehrrüberschreitung entschuldigte, wenn der Täter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen war, auch für die wettbewerbliche Abwehr bejaht.³⁾ Lag der Exzeß-Handlung eine zur Abwehr berechtigende Situation zugrunde, so besteht nach ihrer Ansicht, wenn die Grenzen erlaubter Abwehr aus den in § 53 Abs. 3 StGB a.F. benannten Gründen überschritten wurden, mangels einer Wiederholungsgefahr bei zukünftig korrektem Verhalten des Angreifers, kein Grund zur Unterlassungsklage, und ebenso wenig könne Schadensersatz gefordert werden, da ein Verschulden nicht festzustellen sei. Die gleiche Rechtslage sei auch in den Fällen der sog. Putativabwehr gegeben, in denen der "Abwehrende" irrtümlich von Voraussetzungen ausgehe, deren wirkliches Vorliegen die Handlung rechtfertigen würden; hier bleibe die Handlung zwar rechtswidrig, aber nicht schuldhaft. Dies habe zur Folge, daß eine Unterlassungsklage zumeist - ausgenommen seien die Fälle, in denen der Abwehrende glaube, daß der vermeintliche Angriff noch andauere - mangels einer Wiederholungsgefahr abzuweisen sei,

1) Vgl.: Sekler, S. 10.

2) Jetzt § 33 StGB (2. Str.RG vom 4.7.1969 (BGBl. I, S. 717)): Überschreitet der Täter die Grenzen der Notwehr aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken, so wird er nicht bestraft."

3) Vgl.: Rudloff-Blochwitz, S. 104.

und er auch keinen Schadensersatz zu leisten habe, es sei denn, daß er sich schuldhaft geirrt habe.

Demgegenüber haben sich Sekler¹⁾ und später Droste²⁾ gegen die Übernahme der notwehrrechtlichen Grundsätze des Notwehrexzesses und der Putativnotwehr in das Wettbewerbsrecht entschieden. Laut Droste kann ein Notwehrexzeß im Wettbewerb nicht in den Rahmen erlaubter Abwehr fallen, da die Abwehr eines wettbewerblichen Angriffes dem Angegriffenen in der Regel längere Zeit gäbe, sein Handeln zu bedenken. Ein Irrtum über die Voraussetzungen einer zulässigen Abwehrmaßnahme und das Überschreiten ihrer zulässigen Grenzen aus den in § 53 Abs. 3 StGB a.F. benannten Gründen könne daher nicht schuldausschließend wirken und einen Schadensersatzanspruch nicht hinfällig werden lassen. In diesem Sinne äußert sich auch Sekler, der zu bedenken gibt, daß die Übernahme des Notwehrexzesses und der Putativnotwehr einem gewitzigen unlauteren Wettbewerber jederzeit die Behauptung einräume, er habe die Grenzen der Abwehr in begreiflicher Empörung, Furcht oder Bestürzung über das aus seiner Sicht unsittliche Verhalten des Angreifers überschritten und könne aufgrund dieser Einschätzung nicht zur Unterlassung oder zum Schadensersatz verurteilt werden³⁾.

Eine Stellungnahme zu dieser Frage muß zunächst die Grundsätze klären, anhand derer die allgemeine Notwehrlehre die Fälle der Putativnotwehr und des Notwehrexzesses beurteilt wissen will. Nach § 33 (53 Abs. 3 a.F.) StGB ist der Notwehrexzeß in den dort aufgeführten Fällen nicht strafbar. Es handelt sich nach h.M.

1) Vgl.: Sekler, S. 27.

2) Vgl.: Droste, H. (Abwehr), S. 511 und (GRUR 1951), S. 144.

3) Die Ausführungen Seklers zu dieser Frage schließen mit der markanten Mahnung (S. 28): "Läßt man durchblicken, daß es in praktisch bedeutsamem Umfang Fälle der Putativnotwehr und des entschuldbaren Abwehrexzesses geben soll, so macht man sich zum Mitschuldigen am Mißbrauch der Abwehrargumentation und unterstützt die hartnäckigen Ausflüchte gewandter unlauterer Wettbewerber."

dabei strafrechtlich um einen Schuldausschließungsgrund¹⁾, aus dem aber - § 227 BGB enthält keine dem § 33 StGB entsprechende Regelung - nicht die zivilrechtliche Rechtmäßigkeit der Exzeßhandlung folgt; die betreffende Handlung bleibt also widerrechtlich und verpflichtet zum Schadensersatz, soweit die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung gegeben sind²⁾.

Ähnlich wird die irrtümliche Annahme einer Notwehrlage, die sog. Putativnotwehr, seitens der allgemeinen Notwehrlehre beurteilt. Für das Zivilrecht steht außer Frage, daß eine in Putativnotwehr vorgenommene Handlung nicht durch den Schutz des § 227 BGB gedeckt werden kann; die dem Gegner gegenüber irrtümlich vorgenommene Verletzungshandlung bleibt also widerrechtlich³⁾. Eine Verpflichtung zum Schadensersatz richtet sich auch hier nach den Grundsätzen der unerlaubten Handlung und setzt demgemäß ein Verschulden voraus.⁴⁾

Für die Vereinbarkeit dieser Grundsätze mit den wettbewerblichen Besonderheiten hat sich neben Rudloff-Blochwitz insbesondere Erichsen⁵⁾ ausgesprochen. Er übernimmt im wesentlichen den von Rudloff-Blochwitz hinsichtlich der Putativabwehr und dem Abwehr-
exzeß entwickelten Gedanken der in der Regel fehlenden Wiederholungsgefahr, die eine Unterlassungsklage trotz verbleibender Widerrechtlichkeit der Abwehrhandlung selten praktisch werden

1) Vgl.: Dreher, Rn. 3 zu § 33 StGB; BGH vom 1.7.1952 in BGHSt 3, S. 194 (198); siehe zum Meinungsstreit bei Baldus in LK, Rn. 48, zu § 53.

2) Vgl.: Soergel-Mormann, Rn. 18 zu § 227; Staudinger-Coing, Rn. 13 zu § 227; Lehmann-Hübner, S. 123; RG vom 21.2.1916 in RGZ 88, S. 118 (120).

3) Vgl.: Palandt-Danckelmann, § 227 Anm. 3; Staudinger-Coing, § 227 Rn. 14.

4) Im Zivilrecht gilt die sog. Vorsatztheorie, die entgegen den strafrechtlichen Irrtumslehren nicht zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum unterscheidet. Danach tritt die Schadensersatzpflicht nicht ein, wenn der Irrtum entschuldbar ist; vgl. Soergel-Mormann, Rn. 21 zu § 227.

5) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 88/89 und (GRUR 1958), S. 430/431.

lasse. Der weitere Hinweis darauf, daß die Wiederholungsgefahr bei der Putativabwehr zu bejahen wäre, wenn das Verhalten des Abwehrenden erkennen lasse, daß dieser auch in Zukunft wettbewerbsgemäßes Handeln der Konkurrenten als Angriffshandlungen einschätzen könnte und in getaner Weise "abwehrend" beantworten würde, zeigt in richtiger Weise, daß gegen eine Transformation der Grundsätze der allgemeinen Notwehrlehre hinsichtlich der Widerrechtlichkeit des Handelns und der Voraussetzungen einer Unterlassungsklage aufgrund der wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten keine Bedenken zu erheben sind,¹⁾ wobei jedoch beachtet werden muß - dies hat Erichsen in diesem Zusammenhang nicht klar herausgestellt -, daß es sich auch bei der Frage der Putativabwehr und des Abwehrexzesses nicht um den Ausschluß der Rechtswidrigkeit, sondern um den Ausschluß der tatbestandsmäßigen Sittenwidrigkeit handeln kann. Auch im Wettbewerb gilt somit in entsprechender Anwendung der allgemeinen Grundsätze zu § 227 BGB, daß die irrtümliche Annahme einer Abwehrlage oder die Überschreitung des erforderlichen Abwehrrahmens die Wettbewerbswidrigkeit des Handelns nicht berührt und keinen Einfluß auf den aus der objektiven Sittenwidrigkeit resultierenden Unterlassungsanspruch auszuüben vermag.²⁾

Die Kritik muß sich daher auf die Konsequenzen beschränken, die sich ergeben würden, wenn bei der für einen Schadensersatzanspruch notwendigen Feststellung des Verschuldens der Abwehrüberschreitung oder des die Abwehrhandlung auslösenden Irrtums³⁾

1) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 380; BGH vom 3.11.1959 in GRUR 1960, S. 193 (196/197).

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 309 zu Einl. UWG.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 309 zu Einl. UWG; Kraft, S. 145; RG vom 20.7.1938 in GRUR 1939, S. 72 (78); auch der BGH hat die Notwendigkeit einer Verschuldensprüfung klargestellt; vgl. BGH vom 15.3.1967 in GRUR 1967, S. 596 (598). Kein Verschulden setzt der Schadensersatzanspruch nach der Ansicht Rosenthal-Leffmanns (§ 1 Rn. 4), der sich auf Droste (Verbot), S. 144 bezieht, diesen aber unserer Ansicht nach falsch interpretiert und v. Godin ((Wettbewerbsrecht), U § 1

die Einlassung des Beklagten iSd § 33 StGB zu berücksichtigen wäre, er habe in Bestürzung, Furcht oder Schrecken gehandelt. Diese Konsequenz ist auch Erichsen bewußt geworden; er übergeht sie jedoch mit dem Hinweis, daß der Wettbewerber "jedenfalls meistens Zeit hat, sich über die tatsächlichen Verhältnisse zu informieren, und daß er demzufolge selten aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken bzw. aufgrund unvermeidbaren Irrtums handeln wird, so daß ein Verschulden in der Regel angenommen werden kann."¹⁾ Dieses Argument, das ja auch Droste²⁾ benutzt - dieser aber, um die Regeln der allgemeinen Notwehrlehre für das Wettbewerbsrecht abzulehnen - vermag lediglich zu begründen, daß die Übernahme der allgemeinen Regeln im Wettbewerbsrecht nur in wenigen Fällen dazu führen würde, die Annahme eines Verschuldens auszuschließen,³⁾ denn auch ein erregter Wettbewerbsteilnehmer handelt normalerweise zumindest fahrlässig, wenn er die Wettbewerbsordnung verletzt⁴⁾, da der Schutz des lautereren Wettbewerbs hohe Ansprüche an die Sorgfalt stellen muß, mit der der Wettbewerber die ihm eingeräumte Freiheits-sphäre nutzt, und ihm in aller Regel genügend Zeit bleibt, sein Handeln zu überdenken, ggfls. sich hinsichtlich seiner rechtlich u.U. sehr bedeutsam werdenden Schritte beraten zu lassen.

Grundsätzlich würde die Übernahme der Regeln des Notwehrexzesses und der Putativnotwehr ins Wettbewerbsrecht aber die Möglichkeit eröffnen, aufgrund der subjektiven Beurteilung eines Wettbewerbers den gegen ihn gerichteten Verschuldensvorwurf zu

(Fortsetzung von Fußnote 3 auf S. 118)

Anm. 237, S. 160), voraus. Die Fälle der Gefährdungshaftung sollen das in unserem Rechtssystem verankerte Verschuldensprinzip nach unserer Ansicht aber nur in den vom Gesetzgeber genannten Fällen ersetzen.

1) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 87, Fußnote 2.

2) S. o. S. 116.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 309 zu Einl. UWG.

4) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 115 zu Einl. UWG.

verneinen. Die Bemessung der Wettbewerbshandlungen anhand derartiger subjektiver Einschätzungen einzelner Wettbewerber würden dem Mißbrauch des Abwehrgedankens Tür und Tor öffnen und dem "gewitzigen unlauteren Wettbewerber" - wie Sekler ihn treffend kennzeichnet - ein legalisierbares Mittel an die Hand geben, unlauteren Wettbewerb z.B. unter dem Mantel des "bestürzt, erschrockenen Angegriffenen" zu führen, und den diesen Handlungen folgenden Schadensersatzprozeß unter das dem Wettbewerb fremde Beweisthema stellen, wann ein Wettbewerber ausreichend erschrocken oder bestürzt gewesen ist, damit sein Handeln zu entschuldigen ist. Da diese - wenn auch mehr theoretische - Konsequenz dazu führen würde, daß das auch im Wettbewerbsrecht hinsichtlich des Schadensersatzanspruches des verletzten Wettbewerbers geltende Verschuldensprinzip mit Argumentationen unterlaufen würde, die mit dem an der Lauterkeit orientierten Sorgfaltserfordernis wettbewerbsblichen Handelns nicht zu vereinbaren wären und den Abwehrgedanken mißbrauchen könnten, kann nach unserer Ansicht eine entsprechende Anwendung der Grundsätze der Putativnotwehr und des Notwehrexzesses gem. § 33 StGB im Wettbewerbsrecht nicht bejaht werden.

IV. Stellungnahme und eigene Definition des Abwehreinwandes

Die Würdigung der in Literatur und Rechtsprechung hinsichtlich der Voraussetzungen berechtigten Abwehrverhaltens bezogenen Standpunkte läßt eine dort im wesentlichen wettbewerbsgemäße Behandlung der Abwehrproblematik erkennen. Lediglich in einzelnen Punkten erwiesen sich die angesprochenen Kriterien als den spezifischen Besonderheiten der wettbewerbsblichen Abwehrsituation nicht entsprechend. So wurde festgestellt, daß ein Zusammenhangserfordernis zwischen Angriffs- und Abwehrhandlung ebensowenig einer besonderen Prüfung bedarf, wie die Sachlichkeit des Abwehrmittels. Da sich auch das Erfordernis einer der Angriffshandlung

tatsächlich identischen Gegenmaßnahme als überflüssig herausstellte, konnte die Vielzahl der angesprochenen Merkmale insgesamt somit etwas beschränkt werden. Mit gewisser Nuancierung mußten die übrigen diskutierten Prämissen jedoch beibehalten werden, so daß sich die Abwehrvoraussetzungen zusammengefaßt - aus praktischer Sicht immer noch sehr komplex - wie folgt darstellen:

- (1) Erste Bedingung ist das Bestehen einer Abwehrlage. Diese ist gegeben, wenn eine wettbewerbswidrige Handlungsweise eines Wettbewerbsbeteiligten, die direkt oder indirekt in den Interessenbereich eines Mitbewerbers eingreift, gegenwärtig ist, d.h. ernsthaft droht oder fortwirkt, wobei die Verletzungshandlung faktisch bereits beendet sein kann, die Beeinträchtigung des angegriffenen Wettbewerbsinteresses aber noch andauern muß.
- (2) Hinsichtlich der Erforderlichkeit (Notwendigkeit) des Abwehrmittels ist zunächst zu bemerken, daß der Angegriffene unter mehreren Verteidigungsmöglichkeiten immer das effektivste Mittel wählen kann. Eine grundsätzliche Verweisung des Abwehrenden auf gerichtliches Vorgehen ist nach unserer Ansicht nicht gegeben.

Eine Abwehrhandlung hält sich nur dann im Rahmen des Erforderlichen, wenn der Wettbewerber einem wettbewerbswidrigen Angriff mit zur Abwehr tauglichen Mitteln begegnet, die bestimmt und geeignet sind, die aus dem Angriff entstandenen oder drohenden Nachteile zu beseitigen bzw. zu verhindern, wobei die Abwehrmaßnahme dann als solche erkennbar sein muß, wenn schon der Empfängerkreis, dem der Angriff bekannt geworden ist, eine Verteidigungshandlung ohne erkennbaren Abwehrcharakter, d.h. ohne Verdeutlichung der zur Abwehr nötigen Umstände als neuerliche Wettbewerbsverletzung beurteilen könnte.

"Was" im Einzelfall erforderlich ist, bemißt sich bei gebührender Berücksichtigung aller an der Abwehrsituation be-

teiligten Interessen, insbesondere nach Art und Stärke des konkreten Angriffs und den daraus resultierenden Beeinträchtigungen des zur Abwehr genötigten Mitbewerbers. Eine generelle Richtlinie für die Prüfung der Proportionalität des Abwehrmittels kann darin gesehen werden, daß Abwehrhandlungen, denen die Inadäquanz "bereits auf der Stirn geschrieben steht" oder aber auf die Vernichtung des Angreifers gerichtet sind, unzulässig sind.

- (3) Von dem grundsätzlichen Identitätserfordernis zwischen Angreifer und dem durch die Abwehrmaßnahme Betroffenen sind nach unserer Ansicht in engen Grenzen Ausnahmen zuzulassen, die es erlauben, daß in speziellen Abwehrsituationen neben den Interessen des Angreifers auch Interessen sonstiger Konkurrenten oder gar Kollektivinteressen betroffen werden.
- (4) Letztlich ist Voraussetzung berechtigter Abwehr, daß sie sich im Rahmen des Wahren hält, insbesondere aber keine Irreführung Dritter oder der Allgemeinheit bewirkt.

Diese Zusammenstellung der Abwehrvoraussetzungen läßt bereits erkennen, daß eine Definition des Abwehreinwandes sich nicht mit der Umformulierung des Notwehrtatbestandes des § 227 BGB, wie vielfach vorgeschlagen wird¹⁾, begnügen kann, da aufgrund der wettbewerbsspezifischen Eigenheiten differenziertere Markierungen gesetzt werden müssen. Der Abwehreinwand wird hier daher wie folgt definiert:

"Ein an sich unlauteres Wettbewerbsverhalten ist als Abwehrhandlung zulässig, wenn

1) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 126 und (GRUR 1958), S. 432; Reimer, E. (3. Aufl.), 13. Kap., Rn. 2 (S. 869).

- (1.) durch einen wettbewerbswidrigen Angriff die Wettbewerbsinteressen eines Mitbewerbers direkt oder indirekt verletzt werden,
- (2.) dieser Angriff gegenwärtig ist, d.h., ernsthaft droht oder fortwirkt, die Beeinträchtigung des angegriffenen Wettbewerbsinteresses somit noch andauert,
- (3.) die Maßnahme sich ohne grundsätzliche Fixierung auf gerichtliches Vorgehen im Rahmen des unbedingt Erforderlichen hält, mithin dem Angriff mit zur Abwehrtauglichen Mitteln begegnet wird, die bestimmt und geeignet sind, die Interessenverletzung in einer der Intensität des Angriffs entsprechenden und diesen zu meist kenntlich machenden Weise zu beseitigen bzw. zu verhindern,
- (4.) grundsätzlich der Angreifer mit dem durch die Abwehrmaßnahme Betroffenen identisch ist, und
- (5.) die Abwehrmaßnahme sich im Rahmen des Wahren hält, insbesondere keine Irreführung Dritter oder der Allgemeinheit bewirkt."

4. KAPITEL: GRENZEN DES ABWEHREINWANDES

Neben der Klärung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des Abwehreinwandes kommt der Grenzbestimmung berechtigten Abwehrverhaltens, insbesondere aus der Sicht der wettbewerblichen Praxis, besondere Bedeutung zu, da eine vermehrte Sicherheit der Wettbewerbsbeteiligten, den Rahmen zulässiger Abwehr nicht zu überschreiten, nur dann erreicht wird, wenn der Praxis gewisse Leitlinien als Orientierungshilfen an die Hand gegeben werden. Obwohl die Beurteilung der komplexen Abwehrmöglichkeiten anhand der Kasuistik des Richterrechts zu § 1 UWG zu erfolgen hat, erscheint uns die Verallgemeinerung der in den Einzelfallentscheidungen zum Ausdruck kommenden Bewertungen allein nicht der gewiesene Weg zu sein, diese Grenzbestimmung vorzunehmen, da neben den, vorrangig der Wettbewerbsgerechtigkeit dienenden Einzelfallbewertungen, insbesondere die allgemeingültigen Grundsätze des lautereren Wettbewerbs benötigt werden, eine die Rechtssicherheit im Wettbewerb garantierende Grenzbestimmung zu finden.

I. Die grundsätzliche Abwehreignung der Wettbewerbshandlungen

Die Fragestellung kann zunächst dahin gehen, ob die Vielzahl der möglichen Wettbewerbstatbestände aufgrund allgemeingültiger wettbewerbsrechtlicher Kriterien auf eine bestimmte Anzahl grundsätzlich abwehrtauglicher Tatbestände zu dezimieren ist, da die Grenzen berechtigten Abwehrverhaltens sicher immer dann überschritten werden, wenn der Handlung bereits generell die Abwehr-

tauglichkeit fehlt.¹⁾

1. Die Systematik der "Abwehrtatbestände"

Die von der Rechtswissenschaft vorgeschlagenen Einteilungssysteme der Wettbewerbsverstöße bieten, da Abwehrhandlungen grundsätzlich wettbewerbliche Maßnahmen darstellen, auch die Möglichkeit einer Systematik der Abwehrtatbestände.²⁾ In gleichem Maße wie die Systematiken der Wettbewerbshandlungen infolge der sich fortwährend wandelnden wirtschaftlichen und wettbewerblchen Gegebenheiten dem Zwang einer ständigen Erweiterung und Anpassung unterliegen, muß eine Aufgliederung der "Abwehrtatbestände" diese jeweiligen Entwicklungen berücksichtigen und kann daher kaum jemals einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Ohne eine wertende Stellungnahme abgeben zu wollen, soll hier die Systematik Baumbach-Hefermehls zugrunde gelegt werden, da ihre Kommentierung des Wettbewerbsrechts die wohl - zumindest in der wettbewerbsrechtlichen Praxis - gebräuchlichste ist. Danach sind die Wettbewerbsverstöße und somit hier die Abwehrtatbestände in 4 Gruppen einzuteilen; zu unterscheiden sind die Tatbestände des "Kundenfangs", der "Behinderung", der "Ausbeutung" und des "Rechtsbruchs"³⁾.

1) Auch Erichsen (Diss., S. 28 ff) hat versucht, die Vielzahl der Wettbewerbsverstöße auf die zur Abwehr grundsätzlich tauglichen Tatbestände zu beschränken. Unsere Untersuchung wird jedoch erweisen, daß die dort zugrunde gelegten Aussonderungskriterien (Identitäts- und Zusammenhangserfordernis) nicht geeignet erscheinen, eine Grenzbestimmung zu erzielen.

2) Vgl. o. S. 9/10.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Einl. zu UWG, Rn. 134 ff und die Kommentierung des § 1 UWG.

2. Untersuchungen der einzelnen Tatbestände nach allgemeinen Grundsätzen des Wettbewerbsrechts

Erichsen¹⁾ hat mit Recht kritisiert, daß die Bestimmung der generellen Abwehrtauglichkeit der einzelnen Wettbewerbsverstöße im übrigen Schrifttum nicht vorgenommen wurde, obwohl es auf der Hand liegt, daß eine diesbezügliche frühere Klärung die Abwehrproblematik durchschaubarer gemacht und die lange Zeit weithin spürbare Furcht vor einer Verwilderung der Wettbewerbsmethoden bei Zulassung an sich unlauterer Handlungen schneller beseitigt hätte. Nicht die Anerkennung des Abwehreinwandes, sondern die Ausscheidung unzulässiger Abwehrmaßnahmen stellt das eigentliche Problem der Abwehr dar! Der bei der Bewertung einer Abwehrsituation im Einzelfall notwendig werdenden Grenzbestimmung kann die Ausscheidung der Tatbestände, die den Freiraum des lautereren Wettbewerbs in jedem Falle verlassen und daher als schützenswerte Interessenwahrnehmung auch zu Zwecken der Abwehr nicht zugelassen werden können, als erster Orientierungspunkt dienen.

a) Kritische Stellungnahme zur Beschränkung der abwehrtauglichen Tatbestände bei H. Erichsen

Erichsen²⁾ sondert die schon aus allgemeinen Gründen zur Abwehr ungeeigneten Wettbewerbshandlungen aufgrund der seiner Ansicht nach erforderlichen Identität von Angreifer und dem durch die Abwehrhandlungen allein Betroffenen, sowie dem Zusammenhangserfordernis zwischen Angriffs- und Verteidigungsmaßnahmen mit dem Ergebnis aus, daß nur die folgenden Wettbewerbstatbestände die grundsätzliche Abwehrtauglichkeit besitzen. Es sind dies: das

1) Vgl.: Erichsen (Diss), S. 28, Fußnote Nr. 1.

2) Vgl.: Erichsen (Diss)., S. 28 ff (insbesondere S. 43), sowie in GRUR 1958, S. 426 bis 428.

Ausspannen von Kunden, das Abdingen von Angestellten, die Einzelvertragsverletzung und die Förderung fremden Einzelvertragsbruchs, der Boykott, der größte Teil der Fälle der versteckten Behinderung, sowie die persönliche, vergleichende und anlehrende Werbung.¹⁾

Hier sollen zunächst nicht die Ergebnisse dieser Prüfung, sondern die Methode, d.h., die Kriterien, näher beleuchtet werden, anhand derer die Aussonderung der untauglichen Abwehrtatbestände von Erichsen vorgenommen wird. Vorausschickend sei bemerkt, daß wir im Rahmen der Erarbeitung der Voraussetzungen des Abwehreinwandes zu dem Ergebnis gelangten, daß das benannte Identitätserfordernis als Grundsatz zwar anzuerkennen ist, dieses aber in gewissen Abwehrsituationen Ausnahmen zulassen muß; darüber hinaus stellten wir fest, daß ein Zusammenhangserfordernis zwischen Angriffs- und Abwehrhandlung keiner besonderen Prüfung bedarf, da dieser Kontext bereits durch die die Abwehrsituation bestimmenden, sonstigen Voraussetzungen ausreichend berücksichtigt wird. Da die Beschränkung der abwehrtauglichen Tatbestände bei Erichsen somit anhand von Kriterien getroffen wird, deren Bedeutungswert aus unserer Sicht einerseits je nach den Umständen des Falles verschieden sein kann (bezüglich des Identitätserfordernisses) und andererseits (bezüglich des Zusammenhangserfordernisses) kein zur Bemessung der Abwehrhandlung qualifiziertes Merkmal beinhaltet, erscheinen uns diese Aussonderungskriterien als generelle Orientierungspunkte für die Grenzbestimmung schon aus diesen Gründen nicht tauglich zu sein.

Daneben zeigt eine nähere Betrachtung der von Erichsen durchgeführten Prüfung der Abwehrtauglichkeit der einzelnen Wettbewerbsverstöße²⁾, daß sich selbst bei Zugrundelegung der von ihm gewählten Kriterien keine in jeder Hinsicht überzeugenden Lösun-

1) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 74.

2) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 45 ff.

gen ergeben. Hinsichtlich der unter dem Begriff "Ausbeutung" zusammengefaßten Verstöße (Ausbeutung fremder Leistung, fremden Rufs und Schmarotzen an fremder Werbung)¹⁾ stellt Erichsen z.B. fest²⁾, daß es sich zwar um Verstöße handle, die sich z.T. vornehmlich oder sogar ausschließlich gegen einen Wettbewerber richten, gleichwohl fehle ihnen aber die Abwehrtauglichkeit, da es ihnen, gleichgültig wie der auslösende Wettbewerbsangriff geartet sei, an einem Zusammenhang zu diesem Angriff mangle. Wieso einer so gearteten Abwehrmaßnahme, insbesondere bei einem ähnlichen oder gleichen Angriff der Zusammenhang fehlen soll, ist nicht einsehbar! Die weiteren Hinweise³⁾, daß die benannten Verstöße bei Hinzutreten weiterer Unlauterkeitsmomente, als welche insbesondere die Irreführung des Publikums anzusehen sei, aus dem Kreis der eventuell zur Abwehr zulässigen Handlungen auszuschneiden hätten, und das Ausbeuten für den Angegriffenen zumeist wenig Sinn hätte, vermögen die Abwehrtauglichkeit der getroffenen Maßnahmen zwar entfallen lassen, eine aufgrund der von Erichsen gewählten Aussonderungskriterien getroffenen Bewertung ist darin jedoch nicht zu erblicken.

Auch gegenüber der von Erichsen hinsichtlich der dem Oberbegriff "Behinderung"⁴⁾ unterstellten Wettbewerbsverstöße getroffenen Feststellung, daß diese Maßnahmen sich "am meisten" als Abwehrhandlungen eignen, da es sich hier notwendigerweise um von vorn herein auf einen oder mehrere Mitbewerber gezielte Verhaltensweisen handelt, ergeben sich unter Berücksichtigung der von ihm vertretenen Grundsätze Bedenken. Wird dem Ergebnis, daß den Tatbeständen der "Behinderung" in besonderem Maße ein abwehrtauglicher Charakter zukomme, auch zuzustimmen sein, so müßte bei

1) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 48 ff und die Systematik bei Baumbach-Hefermehl, Übersicht zu § 1 UWG, S. 355 bis 357 und Anm. 366 bis 530 zu § 1 UWG.

2) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 50/51.

3) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 49.

4) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 52.

strenger Beachtung des Identitätserfordernisses, infolge der in der Regel bei der "Behinderung" des Mitbewerbers ebenfalls beeinträchtigten Verbraucherinteressen, auch die grundsätzliche Abwehreignung dieser Tatbestände in Frage gestellt sein! Im übrigen ist nicht recht verständlich, warum den Tatbeständen aus der Rubrik "Ausbeutung" im Gegensatz zu den Maßnahmen der "Behinderung" jeder Zusammenhang zum Angriff fehlen soll.

Aus alledem kann in den von Erichsen vorgeschlagenen Aussonderungskriterien keine der Wettbewerbspraxis Sicherheit verleihende Möglichkeit der Grenzbestimmung berechtigten Abwehrverhaltens gesehen werden.

- b) Die grundsätzliche Abwehreignung muß an den Konventionen des Leistungswettbewerbs gemessen werden

Es scheint demgegenüber zunächst nahezuliegen, die Beschränkung der grundsätzlich zur Abwehr tauglichen Tatbestände durch die Beantwortung der Frage vorzunehmen, welche Wettbewerbsverstöße per se außerhalb des durch den Leistungswettbewerb gesetzten Rahmens liegen. Zwar stellt nach fast einmütiger Ansicht¹⁾ in Rechtsprechung und Literatur das Leistungsprinzip die Grundlage des wirtschaftlichen Wettbewerbs dar, dennoch läßt sich der in seiner Bedeutung äußerst umstrittene Begriff²⁾ des Leistungswettbewerbs nicht ohne weiteres als entscheidendes norma-

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 71 zu Einl. UWG; v. Godin (Verstoß), S. 131; Nipperdey, S. 140; Fikentscher (Wettbewerb), S. 115 ff.; Burmann (Werberecht), Ziff. 100, IV, S. 5; BGH vom 26.2.1965 in BB 1965, S. 513 (514); BGH vom 18.12.1968 in BB 1969, S. 290/291; OLG Düsseldorf vom 9.3.1973 in NJW 1973, S. 1622; dagegen Jungbäck, S. 38 ff. (40): "Solange es nicht gelingt, den Begriff der wirtschaftlichen Leistung eindeutig zu definieren, ist es unmöglich, Kriterien wie die des Leistungswettbewerbs zur Beurteilung eines Sachverhalts näher zu umschreiben."

2) Vgl.: Hönn, S. 143: "Der Begriff des Leistungswettbewerbs ist außerordentlich unscharf."; Ulmer, Peter, S. 567: "Die neuere Meinungsbildung zu Begriff und Abgrenzung des Leistungswettbewerbs auf dem Hintergrund von § 1 UWG zeichnet sich demgegenüber durch zunehmende Differenzierung aus, wenn auch eine abschließende Klärung noch weit entfernt ist."

tives Kriterium für die generelle Unvereinbarkeit bestimmter Abwehrtatbestände mit dem Lauterkeitsgebot des Wettbewerbs heranziehen. Wurde das Prinzip des Leistungswettbewerbs zunächst als Kriterium des Unwertes einer sich im Konkurrenzkampf einzelner Gewerbetreibender entfalteten Wettbewerbshandlung angewandt,¹⁾ wird heute überwiegend anerkannt, daß infolge der ebenfalls geschützten Interessenbereiche der Allgemeinheit und der Verbraucher bei der Würdigung einer Wettbewerbshandlung auch deren soziale Auswirkungen zu berücksichtigen sind,²⁾ wodurch zur endgültigen Beurteilung einer Wettbewerbsmaßnahme neben ihrer Zuordnung zum Leistungs- oder Nichtleistungswettbewerb³⁾ noch eine zusätzliche Abwägung der an der Wettbewerbssituation beteiligten Interessen zu erfolgen hat, so daß das Prinzip des Leistungswettbewerbs nur als Leitmotiv der wettbewerbsrechtlichen Sachentscheidung zu werten ist⁴⁾.

Die Aussonderung der schon dem Grunde nach zur Abwehr untauglichen Wettbewerbsverstöße erfordert aber nicht die Beurteilung dieser Tatbestände in ihrer besonderen Einzelfallgegebenheit, sondern verlangt ein generelles Abgrenzungskriterium⁵⁾. Werden

1) Vgl.: Lobe (1. Band), S. 7.

2) Vgl. o. S. 29 ff).

3) Diese Unterscheidung wird von Baumbach-Hefermehl in Fortführung des Gedankens Nipperdeys getroffen, der zwischen Leistungs- und Behinderungswettbewerb unterschied, wobei der letztere stets unerlaubt sei (Nipperdey, S. 140); lt. Baumbach-Hefermehl ist der Gegenbegriff zum Leistungswettbewerb der Nichtleistungswettbewerb und der Behinderungswettbewerb nur ein Unterfall des Nichtleistungswettbewerbs; vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 71 zu Einl. UWG und Burmann, (Werberecht), Ziff. 100, IV, S. 6.

4) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 73 zu Einl. UWG; Jungbäck, S. 39/40.

5) Die Möglichkeit einer "per se-Bewertung" hat auch der BGH für das Wettbewerbsrecht anerkannt (vgl. BGH vom 26.2.1965 in BB 1965, S. 513): "Wettbewerbshandlungen können immer "per se", d.h., ohne Rücksicht auf die gesamten Umstände, in die sie hineingestellt sind, als wettbewerbsfremd oder wettbewerbsbeigen qualifiziert werden."

hinsichtlich der Bedeutung des Begriffes "Leistungswettbewerb" auch unterschiedliche Auffassungen vertreten, so besteht jedoch kaum Streit über die den sog. echten Leistungswettbewerb tragenden Grundprinzipien, deren Verletzungen in jedem Falle mit dem Lauterkeitsgebot des Wettbewerbs unvereinbar sind. Diese sog. "Konventionen"¹⁾ des Leistungswettbewerbs ergeben sich aus der die freie²⁾ und lautere wirtschaftliche Betätigung bestimmenden, wirtschaftsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Rahmenordnung und führen bei ihrer Verletzung generell zur Unzulässigkeit des wettbewerblichen Handelns. Ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles berücksichtigen zu müssen, lassen sich daher bestimmte Wettbewerbsverstöße ermitteln, die, den Grundprinzipien des lautereren Wettbewerbs fraglos widersprechend, auch zu Abwehrzwecken in keinem Falle Verwendung finden können³⁾.

Im einzelnen lassen sich vier den Konventionen des Leistungswettbewerbs in jedem Falle widerstreitende und daher auch in Abwehr generell nicht zulässige Verhaltensweisen feststellen:

- (1) Handlungen, die den Wahrheitsgrundsatz des Leistungswettbewerbs mißachten, sind auch als Abwehrmaßnahmen unzulässig.
- (2) Handlungen, die geeignet sind, die Verwirrung der allgemeinen Wettbewerbssitten zu bewirken, indem die Entscheidungsfreiheit der Kunden durch Nötigung oder

1) Vgl.: v. Godin (Verstoß), S. 131.

2) Neben dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen dient, wenn ein Wettbewerbsverhalten zu einer unzulässigen Beschränkung des Wettbewerbs führt, gleichwohl auch das UWG dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit; vgl. Reimer - v. Gamm, S. 246 (Rn. 3); Fikentscher (Wettbewerb), S. 228.

3) Sekler (S. 74) kennzeichnet diese Wettbewerbsverstöße damit, daß sie von vornherein erkennen lassen, daß ihnen trotz der Abwehrrelation der "innewohnende unfaire oder friedenbrechende Charakter weiterhin anhaftet"; vgl. weiterhin: v. Godin (Verstoß), S. 131.

grobe Belästigung beeinträchtigt wird, sind auch zu Abwehrzwecken nicht zulässig.

- (3) Abwehrhandlungen, die auf die Verdrängung bzw. Vernichtung des Konkurrenten zielen und damit den Bestand des freien und lautereren Wettbewerbs gefährden, widersprechen ebenso dem Sinngehalt des Leistungswettbewerbs, wie
- (4) die Abwehrhandlungen, durch die Vorschriften zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter verletzt werden.

3. Die Beschränkung der abwehrtauglichen Tatbestände nach diesen Gesichtspunkten

Eine anhand dieser Gesichtspunkte getroffene Überprüfung der einzelnen Wettbewerbsverstöße - die wie besagt nach der Systematik Baumbach-Hefermehls erfolgt, selbstverständlich aber nicht alle im Wettbewerb zutage tretenden Erscheinungsformen wettbewerblchen Handelns im einzelnen erfassen kann - läßt die folgenden Wettbewerbsstatbestände als bereits dem Grunde nach zur Abwehr untaugliche Mittel ausscheiden:

(1) Zunächst markieren diejenigen Wettbewerbsverstöße, die unter der Rubrik "Kundenfang" als "Täuschung"¹⁾, "Nötigung"²⁾ und "Belästigung (Anreißer)"³⁾ zusammengefaßt wurden, die Tatbestände, die in jedem Falle den Grundprinzipien des Leistungswettbewerbs zuwiderlaufen, da sie darauf abzielen, die Entscheidungs-

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 5 - 33.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 34 - 39.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 40 - 51.

freiheit des Kunden durch Mittel der Irreführung, des Zwanges oder grober Aufdringlichkeit zu beeinflussen.

Verhaltensweisen, die eine Täuschung der Umworbenen zur Folge haben, sei es, daß irreführende Angaben über eigene oder fremde Waren bzw. Leistungen oder aber über eigene persönliche oder geschäftliche Verhältnisse oder deren eines Mitbewerbers gemacht werden, widersprechen ebenso dem Wahrheitsgrundsatz des leistungsgerechten Wettbewerbs wie sonstige Handlungen, die geeignet sind, Täuschungen über wahre wettbewerbliche Gegebenheiten hervorzurufen. Die Unzulässigkeit irreführender Wettbewerbshandlungen ist, soweit ersichtlich, niemals ernsthaft in Frage gestellt und insbesondere auch im Rahmen der Abwehrdiskussion allseitig betont worden¹⁾, so daß diese Tatbestände aus dem Kreis abwehrtauglicher Wettbewerbshandlungen ausscheiden.

Generell unzulässig sind ohne Zweifel auch die Wettbewerbsmethoden, mittels derer der Kunde infolge eines auf ihn ausgeübten psychischen oder physischen Zwanges zum Geschäftsabschluß genötigt wird, sei es, daß der Marktpartner durch physische Einwirkung, durch Androhung empfindlicher Nachteile oder unter Ausnutzung einer Notlage zum Erwerb einer Ware veranlaßt wird, oder aber "Autoritäten"²⁾ eingesetzt werden, unter deren Einflußnahme dem Umworbenen die Freiheit, sich aus sachlichen Gründen zu entscheiden, genommen wird.³⁾ In eklatanter Weise ist eine solche Beschneidung der Entscheidungsfreiheit dann zu vermerken, wenn der Kunde überrumpelt wird. Deutlich hat der BGH die Unvereinbarkeit derartiger Wettbewerbsmethoden mit den Grundsätzen des lauterer Wettbewerbs u.a. in seiner Entschei-

1) Vgl. dazu die auf S. 105 in Fußnote Nr. 1 angegebenen Fundstellen.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 125 zu § 1 UWG.

3) Vgl.: OLG Düsseldorf vom 9.3.1973 in NJW 1973, S. 1622.

dung vom 1. Febr. 1967 ("Grabsteinaufträge")¹⁾ bezüglich alsbaldiger, unaufgefordert erfolgender Geschäftsbesuche in einem Trauerhause festgestellt; dort heißt es,

"daß die kurze Zeit nach dem Todesfall noch unter der Last dieses Eindrucks stehenden Angehörigen vielfach gegenüber geschäftlichen Dingen eine gewisse Gleichgültigkeit zeigen und, durch Gefühlsaufwallungen beeinflusst, in dieser seelischen Verfassung Entschlüsse treffen, die sie nicht treffen würden, wenn sie sich nach Abklingen dieser Stimmung durch vernünftige Überlegungen leiten ließen."

Dieselbe Entscheidung erklärt ein derartiges Verhalten, das "den Keim zu einem immer weiteren Umsichgreifen in sich trägt und damit zu einer Verwilderung der allgemeinen Wettbewerbssitten führt, weil die Mitbewerber aus Wettbewerbsgründen gezwungen wären, diese Werbemethode nachzuahmen", konsequenterweise als Abwehrmaßnahme für unzulässig.²⁾

In naher Verwandtschaft zu den letztgenannten Wettbewerbsmethoden und als gleichermaßen generell unzulässig erweisen sich die Fälle grober Belästigung³⁾ der Kunden durch aufdringliche Werbemaßnahmen. Da die Unzumutbarkeit derartigen "Kundenanreißens" infolge grober Aufdringlichkeit zumeist leicht von den Wettbewerbsmethoden zu trennen ist, die das Publikum zwar belästigen, die Grenze des Sittenwidrigen aber nicht überschreiten, lassen sich die Fälle der "Anreißerei" als zu den Tatbeständen gehörig aussondern, denen schon dem Grunde nach die Abwehrtauglichkeit versagt ist. In diesem Zusammenhang ist auf die damit auch im Rahmen der Abwehr in jedem Falle unzulässige unaufgeforderte

1) Vgl.: BGH vom 1.2.1967 in GRUR 1967, S. 430 (431).

2) Vgl.: BGH vom 1.2.1967, a.a.O. S. 432; vgl. auch BGH vom 15.5.1968 in GRUR 1968, S. 648 (649) (Vertreterbesuch bei Bestellung eines Bildprospektes) und die Rechtsprechung zur unerbetenen Telefonwerbung, z.B. BGH vom 19.6.1970 in GRUR 1970, S. 523 (524); OLG Hamm vom 1.10.1968 in WRP 1968, S. 452.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 40 - 51 zu § 1 UWG.

Telefonwerbung¹⁾, die Werbung im Todesfall²⁾ und das Abfangen der Kunden bei der Straßenwerbung³⁾ hinzuweisen.

Auch die weiteren unter dem Kennwort "Kundenfang" benannten Wettbewerbsmethoden bezeichnen Wettbewerbsmittel, die die Entscheidungsfreiheit des Kunden in unsachlicher, leistungsfremder Weise zu beeinflussen suchen, sei es, daß der Kunde durch Mittel der "Kundenbestechung"⁴⁾, der "Erregung der Spiel Leidenschaft (Verlockung durch aleatorische Reizmittel)"⁵⁾, der "Gefühlsausnutzung"⁶⁾, der Einschaltung von "Laienwerbern"⁷⁾ oder ihn betreffende wettbewerbswidrige "Wettbewerbsmethoden innerhalb der Wirtschaftsstufen"⁸⁾ zum Geschäftsabschluß bestimmt werden soll. Dagegen sind die Wertreklame⁹⁾, der Einsatz sachfremder Lockmittel¹⁰⁾, die gefühlsbetonte Werbung¹¹⁾, die Werbung mit der Angst¹²⁾ oder der Einsatz von Laienwerbern¹³⁾ je-

-
- 1) Vgl.: BGH vom 19.6.1970 in GRUR 1970, S. 523 (524); OLG Hamm vom 1.10.1968 in WRP 1968, S. 452; Hofmann, S. 8/9.
 - 2) Vgl. dazu das bereits mehrfach zitierte Urteil des BGH vom 1.2.1967 in GRUR 1967, S. 430 (431/432); weiterhin RG vom 9.11.1934 in RGZ 145, S. 396 (402); LG Stuttgart vom 26.3.1953 in GRUR 1954, S. 126/127.
 - 3) Vgl.: BGH vom 4.12.1964 in GRUR 1965, S. 315 (316); BGH vom 8.4.1960 in GRUR 1960, S. 431 (432/433); OLG Hamburg vom 23.7.1970 in BB 1970, S. 1275; OLG Stuttgart vom 29.7.1954 in NJW 1955, S. 146/147.
 - 4) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 52 - 85 zu § 1 UWG
 - 5) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 86 - 117 zu § 1 UWG
 - 6) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 118 - 127
 - 7) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 130 - 137
 - 8) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 138 - 149
 - 9) Vgl.: BGH vom 22.1.1969 in GRUR 1969, S. 295 (297); BGH vom 26.2.1965 in BGHZ 43, S. 278 (283); Becher, H., S. 1289 ff; Würdinger, S. 7.
 - 10) Vgl.: BGH vom 21.10.1966 in GRUR 1967, S. 202/203; BGH vom 7.10.1958 in GRUR 1959, S. 138 (139); Ulmer-Reimer, Rn. 820 (S. 588); Paul, S. 170.
 - 11) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 122/123 zu § 1 UWG; Meydamm, S. 399 ff; BGH vom 11.11.1958 in GRUR 1959, S. 277 (279).
 - 12) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 119 zu § 1 UWG.
 - 13) Vgl.: Bühring, S. 14; BGH vom 23.1.1959 in GRUR 1959, S. 285 (286).

doch nicht per se wettbewerbswidrig. So soll den Verbrauchern durch Einsatz der Wertreklame die Möglichkeit eröffnet werden, auch auf diesem Wege neue Erzeugnisse kennenzulernen. Solange der Probezweck die Werbemaßnahme deckt und daher der Bestand der Konkurrenzverhältnisse auf dem Markt nicht durch Bedarfsdeckung oder Gewöhnung des Verbrauchers gefährdet oder beseitigt wird, wird die sog. Wertreklame wettbewerbsgemäß zu beurteilen sein. Die Wertreklame darf jedoch nicht zu einer Marktverstopfung und einer daraus resultierenden Marktverdrängung eines Mitbewerbers führen.¹⁾ Mithin können auch diese Wettbewerbsmethoden einen Grad erreichen, der mit den Grundprinzipien des Leistungswettbewerbs unvereinbar ist, eine bereits dem Grunde nach wettbewerbsfremde Beurteilung und damit generelle Abwehruntauglichkeit kommt ihnen jedoch nicht zu, vielmehr kann erst das Hinzutreten besonderer Umstände im Einzelfall dazu führen, daß derartige Verhaltensweisen als "abwehrwidrig" anzusehen sind. Die Feststellung, ob die Grenzen erlaubter Abwehr überschritten wurden, bedarf bei dem Einsatz dieser Wettbewerbsmittel somit einer Einzelfallentscheidung, die sich - wie wir erfahren werden - zwar auch an den Konventionen des Leistungswettbewerbs zu orientieren hat, insbesondere aber durch die Umstände des Einzelfalls unter besonderer Berücksichtigung der an der Abwehrsituation beteiligten Interessen bestimmt wird.²⁾

(2) Die von Baumbach-Hefermehl als Tatbestände der "Behinderung"³⁾ aufgeführten Wettbewerbsmethoden kennzeichnen die über den allgemeinen zulässigen Rahmen hinausgehende Beeinträchtigung des Wettbewerbers, die notwendigerweise infolge der Belastung des Konkurrenten beim Einsatz wettbewerbsgemäßer Mittel dem Wettbewerbskampf immanent ist⁴⁾. Die Behinderungstatbestände konkretisieren demzufolge Verstöße gegen die neben den Vorschriften des GWB auch durch das UWG geschützte Wettbewerbsfreiheit, die gegeben sind, wenn die Behinderung als Mittel darauf zielt, unter Gefährdung des Bestandes des Wettbewerbs

1) Vgl.: Lehmann, S. 22; Ulmer, Peter, S. 569.

2) Dem Ergebnis Erichsens (vgl. Diss., S. 48 und S. 75), der alle Tatbestände des "Kundenfangs" als abwehruntauglich ausscheidet, können wir somit nicht zustimmen.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 150 - 365.

4) Vgl.: Burmann, Ziff. 100, IV, S. 6; Kraft, S. 275; Reimer - v. Gamm, S. 245/246, Rn. 1; BGH vom 20.5.1960 in GRUR 1960, S. 558 (559); BGH vom 26.2.1965 in GRUR 1965, S. 489 (491).

den Mitbewerber durch Hinderung seiner freien wirtschaftlichen Betätigung vom Leistungswettbewerb auszuschalten. Ein Teil des Schrifttums¹⁾ bewertet den Behinderungswettbewerb als solchen bereits negativ und erklärt seine Haupterscheinungsformen wie z.B. den Zwang, den Boykott, die Absatz- oder Bezugsbehinderung sowie die Geschäftsehrverletzung für grundsätzlich wettbewerbswidrig, da sie nach diesen Ansichten Maßnahmen darstellen, die allein der Behinderung des Mitbewerbers dienen und "keine Mittel des Leistungswettbewerbs sein können, weil es an einer eigenen, den Wettbewerb fördernden und zum Vergleich stehenden Leistungen"²⁾ fehle. Demgegenüber soll der Behinderungswettbewerb nach der Rechtsprechung³⁾ und einem weiteren Teil der Literatur⁴⁾ nicht schlechthin, sondern nur dann sittenwidrig

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 150 zu § 1 UWG; v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 192 zu U § 1, S. 128.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 150 zu § 1 UWG.

3) Ausgehend von der Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. RG vom 23.2.1934 in RGZ 144, S. 41 (50); RG vom 18.12.1931 in RGZ 134, S. 342 (350)) hat der BGH in seinem Urteil vom 22.2.1957 (BGHZ 23, S. 365/371) das Allgemeininteresse an dem Bestand des Wettbewerbs stark betont. In der Folgezeit wurde diese Einschätzung zwar zugunsten einer stärkeren Berücksichtigung der betroffenen Individualinteressen modifiziert (die benannte Entscheidung hatte eine scharfe Kritik im Schrifttum gefunden, vgl.: Döll, BB 1965, S. 173 (176); v. Harder, GRUR 1962, S. 439 (441)); im Grundsätzlichen hat die in der Entscheidung vom 22.2.1957 getroffene Bewertung jedoch ihre Bedeutung behalten; dort heißt es:

"Gerade weil die Wettbewerbsordnung auf der Auffassung beruht, daß sich der Wettbewerb im lauternden und freien Kräftespiel entwickeln soll, muß eine Werbemaßnahme als unzulässig gelten, die den Bestand des Wettbewerbs aufhebt, indem sie für eine geraume Zeit dem Mitbewerber schlechthin die Möglichkeit nimmt, überhaupt noch weiterhin an dem grundsätzlich allen offenstehenden Wettbewerb teilzunehmen. Wird ein Wettbewerber auf diese Weise vom Markt verdrängt, so widerspricht ein solches Verfahren dem Sinn und Zweck jeden geschäftlichen Wettbewerbs und wird von einer gesunden Anschauung der in Betracht kommenden Verkehrskreise abgelehnt."

Vgl. die nachfolgende Rechtsprechung: BGH vom 30.10.1962 in GRUR 1963, S. 197 (201); BGH vom 26.2.1965 in BB 1965, S. 513/514; BGH vom 18.12.1968 in BGHZ 51, S. 236 (242); BGH vom 22.1.1969 in GRUR 1969, S. 295 (296/297); OLG Frankfurt vom 3.2.1972 in WRP 1973, S. 159; OLG Hamm v. 25.4.1978 in GRUR 1979, S. 160 (162).

4) Vgl.: Kraft, S. 275; Reimer - v. Gamm, S. 245/246, Rn. 1.

sein, wenn er aufgrund der im Einzelfall gegebenen Sachlage erkennen lasse, daß die Behinderung nach den Gesamtumständen ein zu mißbilligendes Mittel darstelle, das infolge seines Ausmaßes oder der Intensität seiner Anwendung eine erhebliche Schädigung der Interessen der Allgemeinheit oder eine nicht unerhebliche Behinderung der Mitbewerber hervorrufe und damit die ernstliche Gefährdung des Leistungswettbewerbs in seinem Bestand begründe¹⁾. Die grundlegende Feststellung der Abwehrtauglichkeit der Behinderungstatbestände bleibt durch diese unterschiedliche Bewertung jedoch unbeeinflußt, da Einigkeit darin besteht, daß die Mehrzahl dieser Wettbewerbshandlungen zur Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs ausnahmsweise zulässig sein können²⁾, die Zulässigkeitsgrenze aber auch in Abwehr überschritten werde, wenn eine allein auf Verdrängung oder gar Vernichtung des Mitbewerbers zielende und mit dem auf Bestand des Leistungswettbewerbs ausgerichteten Allgemeininteresse unvereinbare Behinderung festzustellen sei.³⁾

Behinderungstatbestände, denen diese Zielsetzung auch als Abwehrmaßnahmen generell anhaftet, weisen neben der auf Ausschaltung des Konkurrenten abzielenden Tendenz zumeist auch weitere, ihren generellen Unwertcharakter bestimmende Zuwiderhandlungen gegen die Grundprinzipien des Leistungswettbewerbs auf. Ebenso wenig wie der Kunde infolge eines auf ihn ausgeübten psychischen oder physischen Zwanges zum Geschäftsabschluß genötigt

1) Vgl.: BGH vom 26.2.1965 in BB 1965, S. 513 (514).

2) Vgl.: Schippel, S. 88; Gabriel, S. 721; Godinhoth, Anm. 27 zu § 1 UWG (S. 61) bezügl. des Boykotts; Werneburg, S. 346/347; Baumbach-Hefermehl, Rn. 224 - 226; 308 - 312 zu § 1 UWG; Reimer - v. Gamm, Rn. 14 auf S. 253/254; BGH vom 12.3.1965 in GRUR 1965, S. 440 (443) (Milchboykott); OLG Frankfurt vom 3.2.1972 in WuW 1972, S. 589 (590).

3) Vgl.: BGH vom 22.2.1957 in BGHZ 23, S. 365 (371); BGH vom 8.4.1960 in GRUR 1960, S. 431 (433); Baumbach-Hefermehl, Rn. 225 zu § 1 UWG.

werden darf, kann ein Angreifer durch physische oder psychische Zwangsmaßnahmen¹⁾ gezielt daran gehindert werden, seine wirtschaftliche Betätigung auf dem Markt frei zu entfalten, da ein solchermaßen geführter Verdrängungs- bzw. Vernichtungswettbewerb schlechterdings mit dem Wesen des Leistungswettbewerbs unvereinbar ist und daher auch als Abwehrmaßnahme keine Strukturveränderung erfahren kann! Unter diesem Gesichtspunkt entfallen als Abwehrmittel somit alle Handlungen, die eine gewaltsame Einwirkung in die Betriebssphäre des Mitbewerbers bewirken oder infolge eines drohenden Charakters dem Mitbewerber empfindliche wirtschaftliche Nachteile in Aussicht stellen. In diesem Zusammenhang sind insbesondere die unter dem Kennwort "Marktstörung"²⁾ aufgeführten Fälle der "Vereitelung fremder Werbung"³⁾ oder "Beseitigung geschäftlicher Kennzeichen"⁴⁾, sowie die unter dem Kennwort "Preiskampf"⁵⁾ angeführten Fälle der durch Drohung erzielten "Preisangleichung"⁶⁾ des Mitbewerbers zu nennen.

Neben einer auf Ausschaltung des Mitbewerbers gezielten Behinderung bewirken derartige Handlungsweisen zumeist auch eine Irreführung des Publikums und nehmen ihnen bereits aus diesem Grunde die Abwehrtauglichkeit. Dieses trifft insbesondere im "Preiskampf" für die irreführende Preisunterbietung durch "vorgetäuschte Preissenkungen"⁷⁾, "Lockvögelangebote"⁸⁾ oder die sog. über die Qualität einer Ware täuschende "Schmutzkonkurrenz"⁹⁾ zu. Darüber hinaus ist für eine zum Zwecke der Vernich-

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 152 und 186 zu § 1 UWG; OLG Düsseldorf vom 9.3.1973 in NJW 1973, S. 1622.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 153 - 188.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 169.

4) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 174.

5) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 189 - 210.

6) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 202.

7) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 198.

8) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 199.

9) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 201.

tung des Konkurrenten eingesetzte "Vernichtungsunterbietung"¹⁾ kein Raum, da dieses Mittel infolge seiner auf die Ausschaltung des Mitbewerbers gezielten Richtung den Bestand des freien Wettbewerbs gefährdet.

Zwar wird in Fällen der "Vernichtungsunterbietung" der Verbraucher für kurze Zeit begünstigt, da er im Augenblick dieser eingesetzten Wettbewerbsmaßnahme punktuell billiger einkaufen kann; langfristig betrachtet wird sich die Ausschaltung eines Wettbewerbers auch für den Verbraucher negativ auswirken, da eine für ihn günstige Preisgestaltung nur erhalten bleiben wird, wenn der Wettbewerb funktioniert, d.h. eine Vielzahl von Konkurrenten sich um den Verbraucher bemüht.²⁾

Dasselbe muß für einen auf die Vernichtung des Konkurrenten gezielten "Boykott"³⁾ oder eine "Diskriminierung"⁴⁾ gelten. Infolge ihrer Unvereinbarkeit mit dem Wahrheitsgebot im Wettbewerbsrecht scheiden weiterhin die Fälle der "Preisdiskriminierung"⁵⁾, die eine Täuschung des Publikums hervorrufen, sowie die durch Behauptung oder Verbreitung geschäftsverletzender unwahrer Tatsachen betriebene "Anschwärzung"⁶⁾ des Konkurrenten (§ 14 UWG) und die wahrheitswidrig erfolgende "vergleichende Werbung"⁷⁾ aus dem Kreis der grundsätzlich abwehrtauglichen Tatbestände aus.

Demgegenüber ist der überwiegenden Zahl der sonstigen Behinderungstatbestände die generelle Abwehreignung nicht abzusprechen; vielmehr stellen gerade Verteidigungshandlungen, die die übrigen Tatbestände der Marktbehinderung, des Boykotts⁸⁾, der Diskriminierung und der

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 192 - 196. Dagegen braucht die Preisunterbietung selbst bei erschlichenem Warenbezug nicht unlauter zu sein. Vgl. LG Düsseldorf vom 25.10.1967, wiedergegeben bei Bernhard-Schweer, S. 216/217, die diese Handlungsweise jedoch als einen in höchstem Grade unanständigen Wettbewerb beurteilen.

2) Vgl.: Hain, S. 73.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 211 - 235, hier Rn. 225.

4) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 236 - 251, hier Rn. 239.

5) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 240.

6) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 257 - 267, hier Rn. 258, 263.

7) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 268 - 365, hier Rn. 312.

8) Vgl.: OLG Düsseldorf vom 6.4.1978 in GRUR 1978 S. 609 (611).

vergleichenden Werbung¹⁾ erfüllen, infolge ihrer gezielten Einsatzmöglichkeit gegenüber den angreifenden Konkurrenten die Musterfälle der von der Wettbewerbspraxis eingesetzten Abwehrhandlungen dar.²⁾

(3) Die als "Ausbeutung" ³⁾ gekennzeichneten Wettbewerbsverstöße erfassen diejenigen Handlungsweisen, die den Rahmen der den Wettbewerbern eingeräumten Nachahmungsfreiheit verlassen. Die "Nachahmung fremder Leistung"⁴⁾ oder "die Ausbeutung fremden Rufs"⁵⁾, das "Schmarotzen an fremder Werbung"⁶⁾, sowie das "Ausspannen abhängiger Beschäftigter"⁷⁾ oder "Kunden"⁸⁾ des Mitbewerbers bezeichnen daher die Fälle des "nachahmenden Wettbewerbs", die die Grenze der grundsätzlich zulässigen Ausnutzung fremden Wettbewerbs überschreiten. Abgesehen von denjenigen Fällen, in denen die Wettbewerbspositionen des Konkurrenten unter Sonderrechtsschutz⁹⁾ stehen, ist die Ausnutzung fremden Wettbewerbs somit grundsätzlich nur dort wettbewerbswidrig, wo sich aus den Umständen des Einzelfalles die Verwerflichkeit des Handelns ergibt. Dementsprechend ist auch die Feststellung der Abwehrtauglichkeit der die Ausnutzung fremden Wettbewerbs bewirkenden Maßnahmen in der Regel abhängig von der Würdigung des Einzelfalles. Lediglich dort, wo in jedem Falle eine durch die Nachahmungs-

1) Vgl.: OLG Hamm vom 25.4.1978 in GRUR 1979, S. 160 (162).

2) Vgl. die in Fußnote Nr. 2 auf S. 138 angegebenen Fundstellen. Boykott und Diskriminierung werden auch durch das GWB nicht generell als Abwehrmaßnahmen ausgeschlossen, da eine Boykottmaßnahme zur Abwehr eines wettbewerbswidrigen Angriffs keine "unbillige" Beeinträchtigung iSd § 26 Abs. 1 GWB beinhalten muß und die Abwehrsituation für eine Diskriminierung "einen sachlich gerechtfertigten Grund" iSd § 26 Abs. 2 GWB darstellen kann.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 366 - 530.

4) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 367 - 421.

5) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 422 - 460.

6) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 480 - 500.

7) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 502 - 515.

8) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 516 - 530.

9) Die Wettbewerbssphäre des Konkurrenten wird in der Regel durch besondere Ausschlußrechte geschützt, die sich aus dem Patent- und Gebrauchsmusterrecht, dem Urheberrecht und den Kennzeichenrechten ergeben können.

freiheit nicht mehr gedeckte Täuschung des Publikums feststellbar ist, oder aber generell auf die Verdrängung bzw. Vernichtung des Konkurrenten hingewirkt wird, lassen sich auch aus dem Kreis der Ausbeutungstatbestände Verstöße ausscheiden, die niemals als Abwehrmaßnahmen zulässig sein können.

Kommt der Täuschung des Publikums über die Herkunft eines Arbeitsergebnisses infolge der durch eine Nachahmung gegebenen Verwechslungsgefahr allein grundsätzlich auch noch kein generell wettbewerbswidriger Charakter zu, so ist die Unzulässigkeit des Handelns auch in Abwehr jedenfalls dann zu bejahen, wenn der Verkehr darüber hinaus in weiterer Hinsicht getäuscht wird; etwa ein fremdes Erzeugnis als eigene Leistung ausgegeben wird.¹⁾ Eine solchermaßen herbeigeführte Irreführung des Publikums erfüllt regelmäßig den Tatbestand der "Nachahmung fremder Leistung" ebenso wie den der "Ausbeutung fremden Rufes". Als abwehruntauglich müssen auch die Maßnahmen bewertet werden, die darauf zielen, durch planmäßiges Nachahmen fremder Erzeugnisse²⁾ einen Mitbewerber vom Wettbewerb auszuschalten; desgleichen scheiden die eine objektive Verwechslungsgefahr hervorrufenden und in dieser Absicht getroffenen Nachahmungen besonderer Waren- und Unternehmensbezeichnungen³⁾ aus dem Kreis der grundsätzlich abwehrtauglichen Tatbestände aus. Nichts anderes kann weiterhin dort gelten, wo fremde Werbemaßnahmen durch das Publikum täuschende oder den Mitbewerber gezielt und systematisch behindernde Nachahmungen schmarotzerisch⁴⁾ ausgenutzt werden.

Letztlich fehlt auch den Tatbeständen des "Ausspannens abhängiger Beschäftigter" bzw. des "Ausspannens von Kunden", deren grundsätzlich wettbewerbsmäßiger Charakter erst durch das Hinzutreten

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 410.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 407/408.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 424 - 428.

4) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 480 - 500.

verwerflicher Umstände eine Änderung erfährt, dann die generelle Abwehrtauglichkeit, wenn das Ausspannen durch Mittel der Täuschung oder der Nötigung erfolgt oder dem Zwecke einer auf Ausschaltung des Mitbewerbers gerichteten Behinderung dient.

(4) Die als "Rechtsbruch"¹⁾ gekennzeichneten wettbewerblichen Tatbestände erfassen die bei der Verletzung außervertraglicher Bindungen²⁾ und bei der Verletzung vertraglicher Bindungen³⁾ auftretenden Wettbewerbsverstöße. Der zunächst genannte Bereich unterscheidet Verstöße gegen "gesetzliche Bindungen"⁴⁾ auf der einen und solche gegen "Standes- und Ehrenordnungen"⁵⁾ auf der anderen Seite.

Nach hM in Lehre und Rechtsprechung sind die "gesetzlichen Bindungen" in wertbezogene und wertneutrale Normen zu unterteilen.⁶⁾

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 531 - 677.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 532 - 563.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 564 - 677.

4) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 532 - 539.

5) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 560 - 563.

6) Vgl.: BGH vom 10.3.1971 in WRP 1971, S. 469 (470); BGH vom 26.6.1970 in GRUR 1970, S. 558 (559); BGH vom 29.1.1957 in BGHZ 23, S. 184 (186); OLG Stuttgart, vom 3.4.1962, in NJW 1962, S. 2064; Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 535; v. Gamm, S. 218 ff; Ulmer-Reimer, Textnote 80 (S. 55); a.A.: Schricker (Unlauterer Wettbewerb), S. 81 ff.
In der Rechtsprechung und einem Teil der Lehre findet sich daneben teilweise noch eine weitergehende Differenzierung der "gesetzlichen Bindungen" durch die Unterscheidung "unmittelbar wettbewerbsregelnder Normen", die konkrete, den Wettbewerb auf einzelnen Gebieten konkretisierende Regelungen enthalten, wie z.B. das Rechtsberatungsgesetz oder die Heilmittelverordnung; vgl.: BGH vom 10.3.1971 in NJW 1971, S. 1889; BGH vom 26.6.1970 in GRUR 1970, S. 558 (559); BGH vom 27.2.1963 in GRUR 1963, S. 536 (538); OLG Köln vom 11.3.1964 in GRUR 1965, S. 157 (158); LG Frankfurt vom 21.7.1965 in BB 1965, S. 1048 (1049).

Wettbewerbsverstöße gegen "wertbezogene" Normen, hier sind insbesondere die Vorschriften zu nennen, die dem Schutz der Volksgesundheit und der Rechtspflege dienen, sind nach hM ohne weiteres wettbewerbswidrig¹⁾. Demgegenüber bedeutet die Verletzung wertneutraler Normen - "es sind Vorschriften, die aus Gründen ordnender Zweckmäßigkeit erlassen, jedoch nicht wertbezogen sind, weil sie weder einem sittlichen Gebot Geltung verschaffen wollen, noch dem Schutz lebenswichtiger Gemeinschaftsgüter oder Interessen dienen"²⁾ - im Wettbewerb für sich allein noch keinen unlauteren Wettbewerb, vielmehr müssen besondere, die Unlauterkeit hervorruhende Umstände, die dem Wettbewerber einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor den gesetzestreuen Mitbewerbern verschaffen, hinzutreten.³⁾ Da ein Verstoß gegen diese Vorschriften somit im Rahmen einer Abwehrsituation nicht ohne weiteres beinhaltet, daß der Abwehrende einen ungerechtfertigten Vorsprung unter Ausnutzung der Gesetzestreue seiner Mitbewerber erlangt, kann einem Verstoß gegen "wertneutrale Normen" die grundsätzliche Abwehrtauglichkeit nicht abgesprochen werden.

Demgegenüber kann ein Verstoß gegen "sittlich fundierte" Normen auch in Abwehr niemals zulässig sein. Ohne zu der Frage näher Stellung zu nehmen, ob der seitens der hM getroffenen Differenzierung der "gesetzlichen Bindung" im einzelnen zu folgen ist, - dies würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen - ⁴⁾ muß den Verletzungen derjenigen Vorschriften, die dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen, insbesondere Verstößen gegen

1) Vgl.: Schricker (Unlauterer Wettbewerb), S. 79/80; Baumbach-Hefermehl, Rn. 535 zu § 1 UWG; Reimer-v. Gamm, Rn. 3 (S. 258). Das gilt auch nach der in Fußnote Nr. 6 wiedergegebenen Meinung für die Fälle der Verstöße gegen "unmittelbar wettbewerbsregelnde" Normen; s. Fußnote 6 auf S. 143.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 542 zu § 1 UWG.

3) Vgl. die in Fußnote Nr. 6 S.143 aufgeführten Fundstellen; weiterhin BGH vom 26.11.1969 in GRUR 1970, S. 179 (181); Reimer-v. Gamm, Rn. 8 (S. 260).

4) Vgl. dazu aber die kritische Betrachtung Schrickers, S. 69 ff, sowie bei Reimer-v. Gamm, S. 256 ff.

Vorschriften zum Schutze der Rechtspflege oder der Volksgesundheit, in jedem Falle die Abwehrtauglichkeit versagt bleiben. Verletzungen der Wertprinzipien, die sich aus der Entscheidung der Verfassung sowie aus der auch die Institution des Leistungswettbewerbs bestimmenden gesetzlichen Rahmenordnung ergeben, sind in jedem Falle zu mißbilligen !

Unter dem gleichen Gesichtspunkt ergibt sich auch die generelle Abwehruntauglichkeit von Verstößen gegen "Standes- und Ehrenordnungen", wenn im Falle sog. "Berufsstandsvergessenheit"¹⁾ einem der berufsständischen Ordnung dienenden sittlichen Gebot zuwider gehandelt wird, um einen sachlich ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung vor den Standesgetreuen zu erlangen.

Die Verletzungen "vertraglicher Bindungen"²⁾ sowie die "Beteiligung an fremdem Vertragsbruch"³⁾ sind dagegen nur bei Hinzutreten weiterer, die Sittenwidrigkeit begründender Umstände wettbewerbswidrig, so daß ihnen nicht in jedem Falle die Abwehrtauglichkeit genommen ist. Lediglich dort, wo die Verletzung von Verträgen oder die Mißachtung vertraglicher Bindungssysteme⁴⁾ (insbesondere Preis⁵⁾- oder Vertriebsbindungen⁶⁾), sowie die Ausnutzung dieser Verstöße dem vertragsuntreuen Wettbewerber einen ungerechtfertigten Vorsprung gegenüber den bindungstreuen Mitbewerbern erbringt, der durch den Einsatz verwerflicher Mittel, insbesondere der Täuschung, Nötigung oder der auf Ausschaltung der Mitbewerber gezielten Behinderung erfolgt, entfällt generell die Einsatzmöglichkeit zu Abwehrzwecken.

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 560.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 564 - 677.

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 570 - 573.

4) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 574.

5) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 575 - 653.

6) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, § 1 UWG, Rn. 654 - 677.

II. Grenzbestimmung der grundsätzlich abwehrtauglichen Tatbestände

Die Ausscheidung der Tatbestände, die den Freiraum des lautereren Wettbewerbs in jedem Falle verlassen und daher als schützenswerte Interessenwahrnehmung auch zu Zwecken der Abwehr nicht zugelassen werden können, bezeichnet jedoch nur den ersten Schritt zur Grenzbestimmung berechtigten Abwehrverhaltens. Die Feststellung, ob die Grenzen erlaubter Abwehr - trotz des Einsatzes grundsätzlich abwehrtauglicher Mittel - überschritten wurden, bedarf einer jeweiligen Einzelfallentscheidung, wobei die sachgerechte Beurteilung der konkreten Umstände einer Abwehrsituation praktikable Wertungsmaßstäbe erfordert.

1. Die im Schrifttum und in der Rechtsprechung zur Grenzbestimmung vorgeschlagenen Lösungen

Die Durchsicht der im Schrifttum zur Abwehrproblematik veröffentlichten Stellungnahmen läßt eine intensive Auseinandersetzung mit diesem, aus praktischer Sicht wichtigen Aspekt der Abwehrfrage vermissen. Auch Erichsen¹⁾, der die Frage der Grenzen wettbewerblicher Abwehr am Ende seiner Untersuchung zwar stellt, beantwortet diese lediglich mit einer Überprüfung seiner bei der theoretischen Einordnung des Abwehreinwandes hinsichtlich der Voraussetzungen berechtigten Abwehrverhaltens erarbeiteten Ergebnisse anhand der in der Praxis der Gerichte herausgebildeten Rechtssätze. Die im weiteren Schrifttum und in der Rechtsprechung gegebenen Hinweise erschöpfen sich darin, daß der Berufung

1) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 126 ff.

auf Abwehr "enge Grenzen" gesetzt seien¹⁾ oder aber die Grenzen zulässiger Abwehr aufgrund einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu beurteilen seien, wobei ihre Festlegung weitgehend Tatfrage sei²⁾. Es liegt jedoch auf der Hand, daß der Wettbewerbspraxis für die jeweilige Sachentscheidung schärfer konturierte Wertungsmaßstäbe an die Hand gegeben werden müssen. Dieser Forderung entspricht z.T. der Lösungsvorschlag Droste³⁾, der bezüglich der Ausnahmefälle vom Verbot bezugnehmender Werbung allgemeine Kriterien erarbeitete, die auch der Grenzbestimmung der Abwehr dienen. Danach muß sich der Ausnahmefall des Abwehrvergleichs in den Grenzen der Gegenständlichkeit, der Sachlichkeit und der Wahrheit halten. Droste führt dazu aus:

"Gegenständlich bleiben" soll danach bedeuten, "beim Gegenstand der Erörterung bleiben", ... "es dürfen nicht Dinge hineingezogen werden, die mit dem zur Debatte stehenden Vergleich nichts zu tun haben." ... "Die Grenze der Sachlichkeit bedeutet, daß nur eine in der Form anständige Beschäftigung mit der gegnerischen Leistung zugelassen wird, die sich jeder gehässigen oder herabsetzenden Bemerkung enthält." ... "Die dritte Grenze wird durch das Wahrheitserfordernis dargestellt. Im Wettbewerbsrecht sind werbliche Kundgebungen (tatsächliche Behauptungen, Werturteile sowie Angaben, die aus beiden gemischt sind) dann als wahr iSd Wettbewerbsrechts anzusehen, wenn die Kreise sie als wahr empfinden, an die sie gerichtet sind."

Lassen sich diese für den Abwehrvergleich entwickelten Grundsätze auch nicht ohne weiteres auf den gesamten Bereich wettbewerblicher Abwehrmaßnahmen übertragen, so nähern sich jedoch die dort

1) Vgl.: Ulmer-Reimer, Tn. 449 (S. 316); v. Gamm, S. 298; Hefermehl, S. 429; RG vom 25.1.1935 in MuW 1935, S. 151 (153); RG vom 8.11.1943 in GRUR 1944, S. 34 (35); BGH vom 5.6.1956 in GRUR 1957, S. 23 (24); OLG Hamburg vom 15.6.1955 in WRP 1956, S. 72.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 305 zu Einl. UWG; Tetzner, Rn. 68 zu Vorbem.; BGH vom 8.1.1960 in GRUR 1960, S. 331 (336).

3) Vgl.: Droste, H. (Verbot der bezugnehmenden Werbung), S. 145/146.

angesprochenen Gesichtspunkte den Kriterien, die unsererseits zur Beurteilung berechtigten Abwehrverhaltens herangezogen wurden. Mit der Grenze der Gegenständlichkeit, die Droste auch als "Grenze nach dem Umfang dessen bezeichnet, was gesagt werden darf"¹⁾, werden die hier unter der Voraussetzung "Erforderlichkeit", insbesondere der "Verhältnismäßigkeit des Abwehrmittels", erarbeiteten Kriterien angesprochen. Wurde daneben dem Gebot der Sachlichkeit des Abwehrmittels die Tauglichkeit eines den Besonderheiten der Abwehrsituation entsprechenden Regulators auch abgesprochen, so wurden hier gleichermaßen wie bei Droste die Fälle der gehässigen oder herabsetzenden Beschäftigung mit der gegnerischen Leistung und ebenso Verstöße gegen das Wahrheitsgebot im Wettbewerbsrecht als mit den Konventionen des Leistungswettbewerbs unvereinbare Abwehrreaktionen generell ausgeschlossen. Obwohl die von Droste herausgestellten Maximen somit aus unserer Sicht in ihren grundsätzlichen Aspekten für die Frage der Grenzen erlaubter Abwehr bedeutungsvoll sind, vermögen auch sie jedoch nur im Ansatz zu befriedigen, da sie infolge ihres allgemein gehaltenen Charakters kaum geeignet erscheinen, der Praxis die konkreten Maßstäbe an die Hand zu geben, die zur Bestimmung der Zulässigkeitsgrenzen der jeweils in Frage stehenden Abwehrhandlung zu fordern sind.

2. Eigener Lösungsvorschlag

Die Suche nach allgemeingültigen, sachgerechten Indikationsmitteln zur Bestimmung "noch erlaubten" Abwehrverhaltens wird nachhaltig durch die große Variationsbreite der zu Abwehrrzwecken eingesetzten Wettbewerbshandlungen und die differenzierten, an den Konfliktsituationen beteiligten Interessen erschwert. Eine Lösung bietet sich dahingehend an, daß - nach vorheriger Beja-

1) Vgl.: Droste, H., S. 145.

hung der grundsätzlichen Abwehrtauglichkeit der betreffenden Abwehrhandlungen - die weitere Beurteilung anhand der im Rahmen dieser Untersuchung herausgestellten Einzelerfordernisse berechtigten Abwehrverhaltens vorgenommen wird und die Sachentscheidung darüber hinaus darauf abstellt, ob die jeweils in Frage stehenden Handlungen sich in dem durch die Konventionen des Leistungswettbewerbs gesetzten Rahmen halten.

Die Prüfung, ob eine Abwehrmaßnahme die Grenze des Zulässigen überschreitet, ist somit Tatfrage und macht bei Bestehen einer "Abwehrlage" und der Feststellung der "Erforderlichkeit" der Abwehrhandlung weiterhin eine Bewertung, anhand der hier als "Verstöße gegen die Konventionen des Leistungswettbewerbs" bezeichneten Kriterien erforderlich. Eine dergestalt vorgenommene Bewertung wird die Sachentscheidung für die Praxis nachprüfbar und daher dieser transparent machen, dem Wettbewerbsrichter genügend Raum lassen, die Entwicklung des Wettbewerbsrechts bei der Einzelfallbewertung berücksichtigen zu können und der Abwehrproblematik übersichtlichere Konturen verleihen, die geeignet sind, dem Mitbewerber die Einhaltung der Abwehrgrenzen zu erleichtern.

5. KAPITEL: RECHTSSYSTEMATISCHE EINORDNUNG DES ABWEHREINWANDES

Nach Klärung grundsätzlicher Zusammenhänge des Wettbewerbsrechts und ihrer Bedeutung für das Abwehrproblem, der Bestimmung der Voraussetzungen und Grenzen redlichen Abwehrverhaltens, interessiert die Beantwortung der Frage, wie die wettbewerbliche Abwehr rechtssystematisch einzuordnen ist, obwohl die rechtliche Einordnung der Abwehr in Literatur und Rechtsprechung nur beiläufig Beachtung fand und gar als "unfruchtbare Auseinandersetzung"¹⁾ bezeichnet wurde.

Nur wenige Stimmen in der Literatur wenden sich heute noch dagegen, daß der für die gesamte Rechtsordnung anerkannte Grundsatz der Unrechtskompensation auch im Wettbewerbsrecht gilt.²⁾ Fast einhellig wird somit seitens der Rechtslehre und der Rechtsprechung der Standpunkt vertreten, daß unter bestimmten engen Voraussetzungen Abwehrhandlungen zuzulassen seien, wenn sich der Abwehrende darauf berufen könne, daß ein an sich unzulässiges wettbewerbliches Verhalten ausnahmsweise erlaubt gewesen sei, weil es die unzulässige Handlung eines Angreifers abwehren sollte.³⁾ Es besteht Einigkeit darüber, daß an diese Ausnahmefälle strenge Anforderungen zu stellen sind, da die Gefahr offenkundig ist, daß sich unter dem Mantel des beliebten und nahe-

1) Vgl.: Eichmann, S. 197, ähnlich auch Droste, H. ((Abwehr), S. 509), der es für zweifelhaft hält, ob die Klärung dieser mehr dogmatischen Frage für die Praxis große Bedeutung hat.

2) So im älteren Schrifttum: Sekler, S. 73 und Nolting-Hauff, S. 345. Im neueren Schrifttum hält es Reimer, D. (S. 126) in einem Rechtsstaat überhaupt für bedenklich, "dem Gewerbetreibenden auch nur ausnahmsweise zu gestatten, sich auf eigene Faust ohne Anrufung der staatlichen Rechtspflegeorgane gegen rechtswidrige Angriffe eines Konkurrenten zur Wehr zu setzen."

3) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 303 zu Einl. UWG; Droste (Abwehr), S. 507; Koehne, S. 66; Kraft, S. 265; Seubert, S. 966; Erichsen, S. 75 ff und (GRUR 1958), S. 425; BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 bis 224.

zu in jedem Wettbewerbsprozeß strapazierten Abwehreinwandes ein wettbewerbliches Faustrecht einschleicht, das eine ernste Gefahr für den lautereren Wettbewerb darstellen würde. Die Grenzen der Abwehrhandlungen müssen daher dort gezogen werden, wo die Verteidigung selbst einen Bruch der Wettbewerbsordnung bewirkt und die unrechtmäßige Angriffshandlung nicht kompensiert wird, sondern zu einer Eskalation des durch den Angreifer verursachten wettbewerbswidrigen Zustands führt.

I. Der Abwehreinwand ist kein Rechtfertigungsgrund

Die anhand des Kriteriums der "guten Sitten" über die Zulässigkeit einer Abwehrmaßnahme zu fällende Entscheidung betrifft die Ausnahme von dem Verbot einer "an sich" unlauteren Wettbewerbs-handlung. Diese Sachlage ähnelt dem System der Ausnahme-Erlaubnisregeln, das die Rechtsordnung bei geschlossenen Tatbeständen für die Rechtfertigung von Verbotshandlungen aufstellt; dementsprechend wird die Abwehr von einem Teil des Schrifttums als Rechtfertigungsgrund bewertet.¹⁾ Gegen diese Qualifizierung spricht jedoch, daß eine Abwehrmaßnahme, die nach dem Urteil des Wettbewerbsrichters keinen Sittenverstoß beinhaltet, nicht die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des offenen Tatbestandes des § 1 UWG erfüllt und folglich nicht der nachträglichen Rechtfertigung bedarf. Die Ausnahmesituation eines Handelns in berechtigter Abwehr rechtfertigt somit nicht ein rechtswidriges, weil tatbestandsmäßiges Tun, sondern läßt den Vorwurf der Sittenwidrigkeit mangels tatbestandsmäßiger Erfüllung gar nicht entste-

1) Vgl.: Kraft, S. 265; Reimer, E., S. 869; Joetze, S. 142 ff; Seubert, S. 966; Callmann, S. 102; Koehne, S. 66; Nerreter, S. 61/62.

hen.¹⁾ Der Charakter eines Rechtfertigungsgrundes, der eine vom Tatbestand indizierte Rechtswidrigkeit einer strafbaren oder unlauteren Tat ausschließt,²⁾ kann der Abwehr dementsprechend nicht zukommen. Dies hat der BGH u.a. in seiner Entscheidung vom 22.1.1971 unter Verweisung auf die überwiegend auch vom RG vertretenen Auffassung deutlich ausgesprochen. Dort³⁾ heißt es:

"Denn während es bei der Notwehr um einen Rechtfertigungsgrund für ein an sich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllendes Verhalten geht, handelt es sich bei der wettbewerblichen Abwehr um die insoweit vorgelagerte Frage, ob die Abwehrhandlung überhaupt den Tatbestand des § 1 UWG erfüllt."

Dieser Ansicht wird entgegengehalten, daß der gesetzgeberische Wille dahingehend zu interpretieren sei, daß Situationen, die eine rechtfertigende Ausnahmeregelung erfordern, nur anhand der in der Rechtsordnung allgemein gültigen und auf eine bestimmte Zahl begrenzten Unrechtsausschließungsgründe beurteilt werden dürften, da diese Ausnahmeprinzipien jedem Sonderfall gerecht würden; notwendig sei lediglich die Anpassung dieser Rechtfertigungsgründe an die spezifischen Gegebenheiten eines Rechtssystems, wie hier im Falle der Abwehr an die Besonderheiten des Wettbewerbsrechts. Eine Prüfung der Ausnahmesituation im Rahmen des Tatbestandes berge außerdem die Gefahr, daß die Rechtsprechung beliebige Erlaubnissätze entwickeln könne.⁴⁾ Mit anderer Begründung gelangt auch Kraft zu dem Ergebnis, daß der Abwehr- einwand als Rechtfertigungsgrund zu bewerten sei.⁵⁾ Dieser ist

1) Vgl.: Sekler, S. 72; Erichsen (GRUR 1958), S. 427; Spengler, (Boykottprobleme), S. 205/206; BGH vom 3.11.1959 in GRUR 1960, 193 (196); BGH vom 19.10.1966 in GRUR 1967, S. 138 (140); BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (223).

2) Vgl.: Dreher, Vor § 1 Rn. 27; Mezger-Blei, S. 121.

3) Vgl.: BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (223).

4) Vgl.: Joetze, S. 144.

5) Vgl.: Kraft, S. 265.

der Auffassung, daß Rechtswidrigkeit und Wettbewerbswidrigkeit oder Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG identisch seien und daher keine Veranlassung bestehe, den wettbewerbsrechtlichen Abwehr- einwand als Rechtfertigungsgrund nicht grundsätzlich anzuerkennen.¹⁾

Die Prämisse, daß tatbestandsmäßig sittenwidrige Wettbewerbs- handlungen zugleich rechtswidrig sind, wird unsererseits nicht bestritten. Mit Recht geht die hM davon aus, daß der Verstoß gegen das Gebot der "guten Sitten" in § 1 UWG ein normwidriges und damit rechtswidriges Verhalten darstellt.²⁾ Dieses läßt je- doch nicht den Schluß zu, daß Faktoren - wie z.B. das Moment der Abwehr - die im Rahmen der Gesamtwürdigung einer Wettbe- werbsituation eine Handlung vom Makel der Sittenwidrigkeit be- freien, als Rechtfertigungsgrund zu qualifizieren sind. Rechtfertigungsgründe befreien ein bereits tatbestandsmäßiges Verhal- ten von der damit indizierten Rechtswidrigkeit; Voraussetzung dafür ist also jeweils ein bereits gegebener Tatbestand. Dieses Ausnahme-Erlaubnisprinzip findet unbestreitbar dort Anwendung, wo es um die Rechtfertigung normwidriger Handlungsweisen im Rah- men von Verbotsnormen mit einem abgeschlossenen Tatbestand geht. Um eine solche Norm handelt es sich bei der Blankettbestimmung des § 1 UWG aber gerade nicht. Ein wettbewerbsliches Handeln ist gemäß dieser Generalklausel rechtswidrig, wenn der nach ihrem Tatbestand erforderliche Sittenverstoß festgestellt worden ist. Dazu bedarf es, wie bereits ausgeführt, einer Gesamtwürdigung

1) In diesem Sinne ist auch Schramm zu verstehen, der in der Anm. zum Urte. des BGH vom 3.II.1959 (vgl. GRUR 1960, S. 197) die Frage stellt: "Ist nicht Wettbewerbswidrigkeit der spe- zielle Ausdruck für Rechtswidrigkeit auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts? Abwehr wird vielfach mit Notwehr begründet."

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 128 zu Einl. UWG; Reimer, E., 74. Kap. Rn. 2 (S. 502); Sekler, S. 72; Kraft, S. 137; a.A.: Godin-Hoth, S. 25, Rn. 8, die die Begriffe Sittenwidrigkeit und Rechtswidrigkeit unterschieden und behandelt wissen wollen mit dem Ergebnis, daß etwas Unsittliches noch nicht unrechtmäßig zu sein brauche. Vgl. auch Weick (S. 50/51), hinsichtlich "offener Tatbestände".

aller, die etwaige Unlauterkeit bestimmenden Tatumstände nach ihrem, wie der BGH ausführt, "konkreten Anlaß, Zweck, Mittel, ihren Begleitumständen und ihren Auswirkungen".¹⁾ Wird infolge einer Ausnahmesituation das Tatbestandsmerkmal "Vornahme von Handlungen, die gegen die guten Sitten verstoßen" nicht erfüllt, so ist kein normwidriges Verhalten gegeben und damit kein Raum für die Anwendung eines Rechtfertigungsgrundes. Dies haben Erichsen²⁾ und insbesondere Sekler³⁾ sehr deutlich ausgesprochen; bei Sekler heißt es dazu:

"Es ist ein Unding zu sagen, eine Handlung verstößt gegen die guten Sitten, der Verstoß gegen die guten Sitten wird aber durch einen Unrechtsausschließungsgrund wieder aufgehoben, denn eine solche Denkform resultiert aus dem Subsumtionszwang der abstrakten, gesetzten Rechtsordnung, der bei Vorliegen ganz bestimmter Tatbestandsmerkmale eine Verletzung der Norm registrieren läßt. Gerade dieses Merkmal fehlt aber "den guten Sitten", denn dieser Begriff greift ja gerade immer dort ein, wo ein konkreter Gesetzestatbestand die verlangte Aufgabe nicht erfüllen kann."

Der Einwand der Gegenmeinung, die Prüfung der Ausnahmefülle der Abwehr im Rahmen der tatbestandlichen Voraussetzungen würde den auf Begrenzung der Unrechtsausschließungsgründe gerichteten gesetzgeberischen Willen außer acht lassen, stößt damit nach unserer Ansicht ins Leere. Auch die Gefahr, daß die Rechtsprechung aufgrund dieser Beurteilung beliebige Erlaubnissätze entwickeln kann, vermögen wir nicht zu sehen, da sich die richterliche Rechtsfindung bei der Anwendung der Generalklausel an den Anschauungen und schutzwürdigen Interessen der am Wettbewerb Beteiligten zu orientieren hat und demgemäß nicht willkürlich verfahren kann. Die umfangreiche Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes zur Frage der Abwehr zeigt exemplarisch, daß das bei einem Großteil des Schrifttums vorhandene

1) Vgl.: BGH vom 19.2.1971 in WRP 1971, S. 222 (223); Weick, S. 151.

2) Vgl.: Erichsen (GRUR 1958), S. 427.

3) Vgl.: Sekler, S. 72.

und stetig geäußerte Unbehagen gegenüber der durch die Generalklausel dem Wettbewerbsrichter gegebenen Ermächtigung zu einer freieren Rechtsprechung unbegründet ist und daher einem stärkeren Vertrauen auf die Kontinuität einer der rechtsstaatlichen Gesamtordnung verpflichteten und sich den wirtschaftsrechtlichen - mit den eingangs gemachten Einschränkungen¹⁾ - Problemen gewachsen zeigenden Judikatur weichen sollte.

Wenn Joetze²⁾ zu diesem Problemkreis weiterhin bemerkt, daß "eine Handlung, der ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, deshalb meist auch nach der Anschauung aller billig und gerecht Denkenden nicht erst sittenwidrig ist", so zeigt dies sehr deutlich, inwiewenig die beiden vertretenen rechtlichen Klassifizierungen des Abwehreinwandes vom Ergebnis aus gesehen divergieren, denn beide Lösungsversuche beurteilen im Falle berechtigter Abwehr die betreffenden Wettbewerbshandlungen als sittengemäß. Hierin mag die Begründung dafür liegen, daß sich im älteren Schrifttum und in den älteren Entscheidungen des Reichsgerichts kaum klare Äußerungen zu diesem methodischen Problem finden.

Zusammenfassend können wir feststellen, daß es sich bei der Abwehr nicht um einen Rechtfertigungsgrund, sondern um den aufgrund einer Gesamtwürdigung wettbewerblichen Handelns zu ermittelnden Ausnahmefall von dem im § 1 UWG statuierten Verbot einer an sich sittenwidrigen Verhaltensweise handelt, der bereits bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit berücksichtigt werden muß.

II. Kritische Darstellung der zur rechtlichen Einordnung des Abwehreinwandes im Schrifttum vertretenen Auffassungen

Nähere Hinweise auf die bei der Abwehr zu berücksichtigenden Be-

1) Vgl. oben S. 8.

2) Vgl.: Joetze, S. 142.

sonderheiten werden wir aus einer Darstellung der im Schrifttum über die Rechtsgrundlage des Abwehreinwandes geführten Diskussion gewinnen. Eingehende Erörterungen dieser Fragestellung finden sich im Schrifttum bei Sekler, Erichsen und Droste,¹⁾ so daß wir auf den dort erarbeiteten Einordnungen aller zur Rechtsgrundlage der Abwehr vertretenen Ansichten aufbauen und unser besonderes Augenmerk auf die neuere Literatur richten können. Die Kritik der darzulegenden Stellungnahmen wird dabei durch die bereits getroffene Feststellung bestimmt werden, daß es sich bei der Abwehr nicht um einen Rechtfertigungsgrund handelt.

Die Diskussion zur Rechtsgrundlage der Abwehr läßt sich - und darin folgen wir Erichsen - in vier Meinungsgruppen aufteilen. Die Meinungsskala zeigt neben der Ansicht, die eine Selbstverteidigungshandlung im Wettbewerb generell für unzulässig hält, die Auffassungen, die eine Abwehr wohl grundsätzlich anerkennen, darin aber entweder ein wettbewerbsspezifisches Institut erblicken oder diese der allgemeinen Notwehr gleichsetzen oder aber deren Grundsätze analog angewendet sehen wollen.

1. "Selbstverteidigung ist im Wettbewerb unzulässig"

Dieser hauptsächlich im älteren Schrifttum vertretenen Ansicht²⁾, als deren Hauptvertreter Sekler aufgrund seiner im Jahre 1939 zur Frage der Abwehr veröffentlichten und infolge der sorgfältigen Auswertung der zur Abwehr ergangenen Urteile noch heute vielfach zitierten Dissertation zu gelten hat, steht die absolut hM

1) Vgl.: Sekler, S. 13 ff; Erichsen, (Diss.), S. 76 ff und GRUR 1958, S. 430 ff; Droste (WuW 1954), S. 508 ff.

2) Vgl.: Sekler, S. 58 ff; Jäger, S. 68; Wehner, S. 73/74; Isay, H., S. 60/62; Reimer, D., s. Fußnote Nr. 2 auf S. 150.

in Lehre und Rechtsprechung gegenüber, die Abwehrhandlungen im Wettbewerb für grundsätzlich zulässig erachtet. Ein Großteil der Vertreter des Schrifttums, die sich gegen die Selbstverteidigung im Wettbewerb ausgesprochen haben, zogen diese Konsequenz aus einer der Zeit der 30er Jahre entsprechenden Beurteilung des wettbewerbsrechtlichen Schutzgegenstandes, die den individualrechtlichen Schutz hinter den Schutz der Güter der Allgemeinheit zurücktreten ließ¹⁾ oder, wie z.B. Isay²⁾, das geschützte Rechtsgut des Wettbewerbs in dem Berufsethos der Gewerbetreibenden erblickten. Da die Ausgangspunkte dieser Ansichten de lege lata einer Kritik nicht mehr standhalten³⁾, vermögen diese Auffassungen hinsichtlich der Frage der Abwehr die heutige Untersuchung dieses Problems nicht wesentlich zu fördern.

Nolting-Hauff⁴⁾ als weiterer Vertreter der Ansicht, die Abwehrhandlungen für unzulässig hält, begründet diese damit, daß die

1) Beispielhaft sei das hier von Sekler (S. 51) erarbeitete Ergebnis wiedergegeben: "Damit wird klar, daß in einer solchen völkischen Rechtsordnung der Gemeinschaft die gesetzliche Regelung des Wettbewerbes, der ein wesentlicher Teil der Organisierung der Volkswirtschaft ist, nicht mehr allein dem einzelnen und lediglich der Fernhaltung feindlicher Einwirkungen auf dessen Güter dient, sondern das positive Zusammenleben und Wirtschaften der Mitbewerber als Gesamtheit untereinander und darüber hinaus wesentlich auch des Publikums, der Allgemeinheit im Einklang mit den sittlichen Grundforderungen völkischen Lebens zu gewährleisten hat." Daraus folgert er (S. 58): "Der einzelne Wettbewerber hat kein Recht zur Abwehr, da er hierdurch das über seinen Belangen stehende öffentliche Interesse verletzen würde; es kann also auch zur Beseitigung der Wirkung einer wettbewerbswidrigen Handlung eines Gegners nur zu wettbewerbs eigenen, nicht wettbewerbswidrigen Mitteln gegriffen werden." Auch Jäger (S. 68) stellt fest, daß durch das Wettbewerbsrecht nicht der Einzelne, sondern die Öffentlichkeit geschützt werde, und der Einzelne somit nicht im Sinne des § 227 BGB angegriffen werden könne. Daraus folgert er: "Das ganze Gerüst der Abwehr erweist sich als abbruchreif, wenn man sich auf die Urgrundlage des Wettbewerbs und seines Rechts besinnt." (S. 67).

2) Vgl.: Isay, H., S. 60/62.

3) Bezüglich der Meinung H. Isays s. oben S. 17.

4) Vgl.: Nolting-Hauff, S. 345.

Feststellung von Abwehrmaßnahmen in concreto schwierig sei und sich der durch eine Abwehrhandlung Betroffene bei Anerkennung des Abwehrgedankens mit dem gleichen Recht auf Abwehr berufen könne, wie der ursprünglich durch ihn Angegriffene. Dieser Auffassung ist mit Recht entgegengehalten worden¹⁾, daß sie den Begriff der Abwehr verkenne, da Abwehr gegen Abwehr logischerweise unmöglich sei, wenn unter dem Begriff der Abwehr eine Reaktion auf einen sittenwidrigen Angriff verstanden werde, die unter bestimmten Voraussetzungen einem an sich wettbewerbswidrigen Verhalten den Makel der Sittenwidrigkeit nehme. So gesehen könne sich der durch eine berechnete Abwehrmaßnahme Betroffene nicht darauf berufen, daß er einem wettbewerbswidrigen Angriff ausgesetzt sei, der ihn zur Abwehr nötige und berechtige.

Das weitere Bedenken Nolting-Hauuffs, daß die Frage, ob im praktischen Einzelfall eine Abwehrmaßnahme gegeben ist oder nicht, schwer zu beantworten sei, teilen wir insofern, als bei langwährenden Wettbewerbsauseinandersetzungen im Einzelfall die Klärung dessen, wer Angreifer und wer Abwehrender ist, tatsächlich Schwierigkeiten bereiten kann.²⁾ Diese Schwierigkeiten sind jedoch nicht größer, als etwa jene, die dem Wettbewerbsrichter bei der Beurteilung des Unwertcharakters einer Wettbewerbshandlung begegnen können, deren zu würdigende Begleitumstände der eigentlichen Handlung weit vorausgingen; sie sind auch nicht größer als die Schwierigkeiten, die dem Richter im Straf- oder allgemeinen Zivilrecht bei sonstigen, die Strafbarkeit oder die Unlauterkeit eines Tuns ausschließenden Umständen begegnen können. Ein Kriterium für die Nichtanerkennung des Institutes der Abwehr kann diesem Bedenken daher nicht zukommen.

1) Vgl.: Schmidt, S. 116; Erichsen (Diss.), S. 84; Seubert, S. 966; Reimer-Pastor, S. 378.

2) Vgl.: Seubert, S. 966; Reimer, E., S. 869; RG vom 13.12. 1929 in MuW 1930, S. 121 (122).

Das Studium dieser Stellungnahmen offenbart ein Unbehagen dieser Schriftsteller hinsichtlich ihrer eigenen vorgeschlagenen Lösung, den Abwehrgedanken zu verneinen, insofern, als sie sich einer den Bedürfnissen des Wettbewerbs zumeist gerecht werden- den Rechtsprechung zur Abwehr gegenübersehen. So hat Sekler¹⁾, um dem Vorwurf vorzubeugen, mit seinem Lösungsvorschlag ein "starres lebloses Dogma gesetzt zu haben", Hilfskonstruktionen vorgeschlagen, die die "Zulässigkeit der Notwehr trotz Verletzung der Wettbewerbsordnung in besonderen Fällen" erklären sollen, und Nolting-Hauff²⁾ hat darauf hingewiesen, daß es dem lauterer Konkurrenten unbenommen bleiben müsse, unlauteren und unwahren Behauptungen des Konkurrenten entgegenzutreten und das Publikum aufzuklären.

Wir können davon absehen, diese Auffassungen in extenso darzustellen und zu diskutieren, da die Schwierigkeiten, die ihnen bei der Beurteilung wettbewerblicher Ausnahmesituationen entgegenstehen, und die sie teilweise mit Hilfskonstruktionen zu lösen versuchen, von der hM infolge der grundsätzlichen Anerkennung des Abwehrgedankens für das Wettbewerbsrecht mit dem Erfolg vermieden werden, interessengerechte, d.h. wettbewerbsgemäße Lösungen bieten zu können. Letzten Endes verfolgen auch diese Stellungnahmen - mit der Beseitigung des Vorwurfes sittenwidrigen Handelns für bestimmte Ausnahmefälle - die gleiche

1) Sekler will in den Fällen der sog. "Doppelverletzung", in denen neben der Wettbewerbssphäre des Angegriffenen auch dessen sonstige Rechtsgüter - laut Sekler sind diese auf das Eigentum, das Leben, die Freiheit und die Ehre beschränkt - betroffen werden, mit dem Prinzip des übergesetzlichen Notstands helfen und den sog. "Abwehrvergleich" aufgrund einer Strukturwandlung, die eine Handlung durch ihre Beziehung zu einer anderen erlebe (S. 73 ff insbes. S. 83 (84)), nach den Grundsätzen des "notwendigen Vergleichs" untersuchen, da seiner Ansicht nach "das Verhältnis zur Konkurrenzware geradezu eine Eigenschaft der einzelnen Ware geworden" sei. Daß aber z.B. persönliche Hinweise auf den Konkurrenten im Rahmen einer vergleichenden Werbung nicht zur Eigenschaft der Konkurrenzware werden können, unterliegt wohl keinem Zweifel. Vgl. dazu Erichsen (Diss.), S. 78 ff, insbes. S. 80/81), der die Ansicht Seklers eingehend diskutiert.

2) Vgl.: Nolting-Hauff, S. 346.

Zielsetzung wie die Abwehr und stellen daher vom praktischen Ergebnis aus gesehen für diese Fälle unter Vermeidung des Abwehrbegriffes dessen Umschreibung dar.

2. Die sogenannte "Notwehr = Abwehrlehre" und die Lehre der "analogen Anwendung der Notwehrgrundsätze auf die Abwehr"

Das Reichsgericht hat eine klare rechtsdogmatische Einordnung der wettbewerblichen Abwehr vermieden und lediglich Bewertungsmaßstäbe herausgearbeitet, die zwar auf die Anwendung des § 227 BGB¹⁾ hinweisen, diese aber nicht rechtstechnisch begründen.²⁾ Ein Großteil des älteren sowie des jüngeren Schrifttums³⁾ hat sich demgegenüber - wenn auch mit unterschiedlicher Deutlichkeit - dahingehend geäußert, daß die Notwehrbestimmung des § 227 BGB als Rechtsgrundlage der wettbewerblichen Abwehr anzusehen sei. Diese sogenannte "Notwehr = Abwehrlehre"⁴⁾ er-

1) § 227 BGB hat folgenden Wortlaut:

- (Abs. 1) Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich.
- (Abs. 2) Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.

- 2) Vgl. die grundlegende Entscheidung des RGs im sog. "Leipziger Zeitungsstreit" (RG vom 6.5.1915 in JW 1915, S. 913 (915)); weiterhin: RG vom 8.11.1943 in GRUR 1944, S. 34 (35); Reimer, D., S. 127.
- 3) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 376; Reimer, E., S. 869, Anm. 2; Koehne, S. 66; Tetzner (Kommentar zum UWG), Rn. 67 zu Vorbem., (S. 58); Rudloff-Blochwitz, S. 103; v. Gamm, S. 298; Schürholz, S. 78/79; Joetze, S. 146; Kraft, S. 265/266; Seubert, S. 966; Callmann (§ 1 UWG, Anm. 21), der vielfach ebenfalls als Vertreter dieser Lehre interpretiert wird, gehört unserer Ansicht nach zu den Vertretern, die die Notwehrbestimmungen nur entsprechend auf die wettbewerbliche Abwehr anwenden.
- 4) Diesen Begriff hat Sekler zur vereinfachenden Identifizierung der Abwehr mit der Notwehr eingeführt (vgl. S. 15).

klärt eine zu Abwehrzwecken vorgenommene, an sich unlautere Wettbewerbshandlung kongruent zur Notwehrbestimmung des § 227 BGB dann für nicht widerrechtlich, wenn sie das erforderliche Mittel zur Abwehr eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffes darstellte. Aus dieser Bestimmung ergeben sich nach dieser Ansicht bei wettbewerbsgemäßer Auslegung der einzelnen Voraussetzungen am klarsten die Anforderungen, die an eine Abwehrmaßnahme zu stellen seien,¹⁾ mit dem Erfolg, daß sich durchaus befriedigende Lösungen erzielen lassen.²⁾ Im übrigen könne es schon aus methodischer Sicht nicht angehen, daß eine allgemeine Regel - wie hier der Grundsatz der Notwehr - die sich für einen nicht normierten Sachverhalt anbiete, nur deshalb keine Anwendung fände, weil sie in einigen besonderen, der Kritik der Gemeinungen ausgesetzten Fällen zu ungewollten Ergebnissen führe, denn derartige, nicht allgemein befriedigend zu lösende Fälle hätte der Gesetzgeber auch im allgemeinen Notwehrrecht hingenommen.³⁾

Neben dieser Lehre steht die Auffassung⁴⁾, die den Grundgedanken und die im Gesetz genannten Einzelmerkmale der Notwehrbestimmung des § 227 BGB zwar heranzieht, aber wegen der wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten diese nur entsprechend übernehmen will. Erichsen⁵⁾ kommt zu dem Ergebnis, daß der § 227 BGB analog herangezogen werden könne; die Notwehrgrundsätze seien auf die wettbewerbsliche Abwehr entsprechend anzuwenden, da dafür einmal eine Notwendigkeit bestehe und ein solches Ergebnis

1) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 376, der aber weiterhin einschränkend hinzufügt: "Allerdings kann im Einzelfall die Zulässigkeit der Abwehrmaßnahme durchaus weiterreichen, als der Notwehr einwand."

2) Vgl.: Joetze, S. 146; Erichsen (Diss.), S. 119.

3) Vgl.: Joetze, S. 147, der darüber hinaus betont, daß es unnötig sei, im Wettbewerbsrecht eine eigene Bezeichnung einzuführen.

4) Vgl.: Callmann, § 1 Anm. 21; Erichsen (Diss.), S. 118 ff und (GRUR 1958), S. 430 ff.; Nordemann, Rn. 236 u. 349.

5) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 119 und (GRUR 1958), S. 430.

auch eine durchaus befriedigende Lösung aller Einzelprobleme biete.

Entsprechend den Voraussetzungen des § 227 BGB untersuchen die Vertreter dieser beiden Auffassungen die Berechtigung einer Abwehrhandlung nach ähnlich lautenden Definitionen. Beispielfürhaft seien hier die Formulierungen E. Reimers, als dem konsequentesten Vertreter der älteren Notwehr = Abwehrlehre, Erichsens, als dem Verfechter der analogen Anwendung der Notwehrgrundsätze und letztlich Krafts, als einem jüngeren Vertreter der Notwehr = Abwehrlehre wiedergegeben:

- (1) Reimer¹⁾: "Danach muß also vorliegen, ein gegenwärtiger, rechtswidriger Angriff, eine erforderliche Abwehrmaßnahme zugunsten des Angegriffenen."
- (2) Erichsen²⁾: "Eine an sich unlautere Wettbewerbshandlung ist nicht sittenwidrig, wenn sie erforderlich ist, um einen gegenwärtigen wettbewerbswidrigen Angriff abzuwehren."
- (3) Kraft³⁾: "Zu beachten ist, daß:
 - (a) der Angriff sittenwidrig sein muß,
 - (b) der Angriff z.Zt. der Abwehrhandlung noch andauern muß,
 - (c) gerichtliche Hilfe nicht rasch oder ausreichend genug zur Verfügung steht, die Abwehr somit geboten ist,
 - (d) die Abwehr nicht gleichzeitig einen selbständigen Angriff beinhaltet und
 - (e) die Maßnahme sich im Rahmen des unbedingt zur Abwehr Erforderlichen hält und vom schonendsten Mittel Gebrauch macht."

Die umfangreiche Kritik, die diese Auffassungen gefunden haben, hat sich insbesondere an den Bestimmungsversuchen der einzelnen Voraussetzungen berechtigten Abwehrverhaltens entzündet, die

1) Vgl.: Reimer, E., S. 869.

2) Vgl.: Erichsen (GRUR), S. 432, (Diss.), S. 126.

3) Vgl.: Kraft, S. 266/267.

nach Ansicht der Kritiker teilweise im Widerspruch zu den allgemein anerkannten Notwehrgrundsätzen stehen und sich demzufolge aus dem Institut der Notwehr nicht begründen lassen.¹⁾ Unsere vorangestellte allgemeine Betrachtung über den Rechtscharakter des Abwehreinwandes mit dem Ergebnis, daß der Abwehr nicht der Charakter eines Rechtfertigungsgrundes zukommen könne, läßt zwar auch für uns eine unmittelbare Anwendung der Notwehrgrundsätze auf die Abwehr von vornherein ausscheiden; dies befreit uns aber nicht von einer Betrachtung der Notwehr = Abwehrlehre nebst der Auffassung einer analogen Anwendung der Notwehrgrundsätze, zumal Erichsen, als Vertreter der letzteren Ansicht, ebenfalls davon ausgeht, daß die Abwehr kein Rechtfertigungsgrund ist, die Notwehrgrundsätze aber dennoch analog angewandt sehen will, Von entscheidender Bedeutung ist darüber hinaus jedoch, daß diese Lehren für sich in Anspruch nehmen, für die Übertragung der Notwehrgrundsätze auf die Abwehr bestehe eine Notwendigkeit, und ein solches Ergebnis biete durchaus befriedigende Lösungen aller Einzelprobleme. Mit der formaljuristischen Begründung allein, daß die Abwehr kein Rechtfertigungsgrund ist, kann diesen Auffassungen - insbesondere aus der Sicht der wettbewerblichen Praxis - somit nicht begegnet werden.

a) Die "Notwehr = Abwehrlehre"

Die Erörterung der Voraussetzungen des Abwehreinwandes im 3. Kapitel der Untersuchung offenbarte, daß die umfassende Übernahme der Grundsätze des allgemeinen Notwehrrechts ins Wettbewerbsrecht verschiedene Konsequenzen birgt, die aus unserer Sicht den wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten nicht entsprechen. Darüber hinaus konnten wir feststellen, daß einige grund-

1) Vgl.: Sekler, S. 29/30; Droste (Abwehr), S. 511 ff; Baumbach-Hefermehl, Rn. 303 zu Einl. UWG.

legende Einlassungen der Vertreter der "Notwehr = Abwehrlehre", die zwar den spezifischen wettbewerblichen Gegebenheiten Rechnung tragen, als nicht auf dem Boden der allgemeinen Notwehrlehre stehend anerkannt werden können. Um Wiederholungen zu vermeiden, darf zu den Einzelfragen auf die Erörterungen im 3. Kapitel verwiesen werden.

(I) Zusammenfassend ließ sich dort feststellen, daß die Bedenken der Gegner der Notwehr = Abwehrlehre hinsichtlich der notwehrrechtlichen Tatbestandsmerkmale "Rechtswidrigkeit" und "Gegenwärtigkeit" des Angriffs in bezug auf eine wettbewerbsrechtliche Anwendung sich als nicht tragend erweisen. Abzulehnen ist dagegen die seitens der Vertreter der Notwehr = Abwehrlehre und der hM im Rahmen der Erörterung des Merkmales der "Erforderlichkeit" der Abwehrhandlung getroffene grundsätzliche Entscheidung, daß eine Abwehrmaßnahme dann nicht erforderlich sei, wenn der Angegriffene gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen könne. Die Abwehr steht als gleichrangiges und nicht als subsidiäres Mittel zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung und Wahrung des Rechtsfriedens neben den Mitteln des Staates. Die Wahl zwischen einstweiliger Verfügung, Unterlassungsklage oder einer Abwehrmaßnahme entscheidet sich allein nach dem durch die Verteidigungssituation gesetzten Maßstab der Effektivität, wobei auch im Wettbewerbsrecht der Grundsatz gilt, daß der Angegriffene unter mehreren wirksamen Verteidigungsmitteln das Mittel zu wählen hat, das dem Angreifer bei gleicher Abwehrqualifikation den geringsten Schaden zufügt. Infolgedessen ist eine grundsätzliche Fixierung des Abwehrenden auf gerichtliche Hilfe abzulehnen.

(II) Weiterhin zeigt sich, daß der im Rahmen der Erörterung des Tatbestandsmerkmals "Erforderlichkeit" einer Abwehrhandlung hinsichtlich des Gesichtspunktes der "Verhältnismäßigkeit" des Abwehrmittels zu Tage getretene Gegensatz zwischen der Notwehrlehre und der von der absolut hM im Wettbewerbsrecht vertretenen Auffassung nicht überbrückbar ist. Während die allgemeine

Notwehrlehre das Gebot der "Verhältnismäßigkeit" nur in krassen Fällen einer Disproportionalität der konkurrierenden Rechtsgüter erhebt, sind im Wettbewerbsrecht infolge der grundsätzlichen Gleichrangigkeit aller Wettbewerbsinteressen Art und Umfang jeder berechtigten Abwehrmaßnahme nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anhand einer den Umständen des Einzelfalles entsprechenden Abwägung aller beteiligten Interessen zu bestimmen.

(III) Trotz der grundsätzlichen Bejahung der Abwehrhilfe für das Wettbewerbsrecht besteht des weiteren durch das in derartigen Fällen geltende Verbot "werblicher Abwehrhilfemittel" und die Unzulässigkeit einer "reinen Staatsabwehrhilfe" keine völlige Übereinstimmung mit den bei der allgemeinen Notwehrlehre bezüglich der Notwehrhilfe geltenden Grundsätzen.

(IV) Obwohl § 227 BGB keine dem § 33 StGB entsprechende Regelung enthält, wird von einigen Vertretern der "Notwehr = Abwehrlehre" die Konsequenz gezogen, daß ebenfalls die notwehrrechtlichen Grundsätze der Putativnotwehr und des Notwehrexzesses im Wettbewerbsrecht kongruente Anwendung finden müssen. Mit der danach einzuräumenden Möglichkeit, den Exzess oder den Irrtum zu entschuldigen, könnte jedoch das auch im Wettbewerbsrecht hinsichtlich des Schadensersatzanspruches geltende Verschuldensprinzip mit Argumentationen unterlaufen werden, die mit dem an der Lauterkeit orientierten Sorgfaltserfordernis wettbewerblichen Handelns nicht zu vereinbaren wären. Eine kongruente Handhabung der aus § 33 StGB hergeleiteten Grundsätze im Wettbewerbsrecht kann somit ebenfalls nicht bejaht werden.

(V) Letztlich zeigten sich die Schwächen der Notwehr = Abwehrlehre darin, daß das Identitätserfordernis zwischen dem Angreifer und dem durch die Abwehrhandlung allein Verletzten zu dem praktisch unbefriedigenden Ergebnis führt, daß der Abwehrende bei nahezu allen Abwehrhandlungen seitens der neben dem Angreifer ebenfalls beeinträchtigten unbeteiligten Dritten auf Unterlassung oder auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann.

Die Zulässigkeitsprüfung einer Abwehrmaßnahme muß aber mit einer Beurteilung abschließen, die allgemeine Gültigkeit besitzt und nicht nur inter partes wirkt! Dies wird erreicht, wenn von dem Grundsatz der hM, die Abwehr dürfe kein Drittinteresse verletzen und nicht in die Belange der Allgemeinheit eingreifen, unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen zugelassen werden. Die Grenze der Zulässigkeit dieser Eingriffe muß dort liegen, wo Abwehrhandlungen geeignet sind, Dritte oder die Allgemeinheit irrezuführen oder anderweitige grobe Störungen des Wettbewerbsfriedens hervorzurufen.

b) Analoge Anwendung der Notwehrgrundsätze auf die Abwehr

Daneben muß zu der Ansicht Stellung genommen werden, die den Grundgedanken und die im Gesetz genannten Einzelmerkmale der Notwehrbestimmung des § 227 BGB zwar heranziehen, aber wegen der Eigenart der wettbewerblichen Bestimmungen und Tatbestände nur entsprechend übernehmen will. So gelangt Erichsen im Anschluß an Callmann¹⁾ zu dem Ergebnis, daß der § 227 BGB analog herangezogen werden könne, da dafür einmal eine Notwendigkeit bestehe und ein solches Ergebnis auch eine durchaus befriedigende Lösung aller Einzelprobleme biete. Auf die Frage der Zulässigkeit dieser analogen Anwendung gibt Erichsen die folgende Antwort²⁾:

"Und zwar handelt es sich dann um Gesetzesanalogie. Diese geht von einem einzelnen Rechtssatz aus. Sie entwickelt seinen Grundgedanken unter Ausscheidung aller unwesentlichen Voraussetzungen reiner und wendet den so geläuterten auf Fälle an, die unter ihn fallen, sich also von den im Gesetz entschiedenen, nur in unwesentlichen, die Regel innerlich nicht berührenden Punkten unterscheiden (Enneccerus-Nipperdey, a.a.O., I. Hlbb.,

1) Vgl. o. S. 160 Fußnote 3.

2) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 36 Fußnote 3.

§ 58 II, 1a, S. 209)¹⁾. Es ist ein Grundgedanke unserer Rechtsordnung, daß der Einzelne zur Verteidigung schutzwürdiger Interessen befugt sein soll - Recht braucht Unrecht nicht zu weichen -. Für diese Verteidigung sind im § 227 BGB und im § 53 StGB bestimmte gleichlautende Voraussetzungen aufgestellt und Grenzen gesetzt. Das ist der gedankliche Kern der Notwehr. Ihn auf andere Fälle anzuwenden, bei denen nur die Konstruktion im einzelnen anders ist, kann nicht verwehrt sein."

Die abschließende Bemerkung, daß es nicht verwehrt sein könne, den gedanklichen Kern der Notwehr auf andere Fälle anzuwenden, kann als Begründung einer Analogie nicht ausreichen. Nun kann hier zwar keine eingehende Darstellung der zur Zulässigkeit einer Analogie vertretenen Auffassungen erfolgen;²⁾ die trotz differierender Formulierungen in der Sache aber zumeist kongruenten Bestimmungsversuche lassen sich jedoch - auf eine einfache Formel gebracht - wie folgt zusammenfassen: die analoge Anwendung eines gesetzlichen Tatbestandes (im Falle der sog. Gesetzesanalogie) oder eines Rechtsgrundsatzes, der mehreren

1) Dieses Zitat findet sich bei Enneccerus-Nipperdey (1. Hlbb.) auf S. 340.

2) Vgl.: Lehmann-Hübner, S. 64: "Vorausgesetzt wird also für die Analogie die Feststellung, daß die gattungsmäßige Interessenlage des zu entscheidenden Falles, der von der zu erstreckenden Regel nicht erfaßt wird, mit dem Tatbestand dieser Regel die Stücke gemeinsam hat, die für die Anknüpfungen der Wirkungen wesentlich sind." Larenz, S. 360: "Die Analogie verlangt daher zunächst die Vergleichen des nicht geregelten Tatbestandes mit einem oder mit mehreren im Gesetz geregelten Tatbeständen, die zur Feststellung einer Gemeinsamkeit führt, und weiterhin ein Werturteil, das besagt, daß eben dasjenige, worin die verglichenen Tatbestände übereinstimmen, für ihre rechtliche Wertung "wesentlich", dasjenige, worin sie sich unterscheiden, aber "unwesentlich" sei. Bei der wertenden Beurteilung ist, ebenso wie bei der Auslegung, von dem Zweck und dem "Grundgedanken" der gesetzlichen Regelung und weiterhin von "objektiv-teleologischen" Kriterien auszugehen."
So geht auch der BGH davon aus, daß bei der Analogie rechtsähnlicher Tatbestände neben dem Sinn und Zweck des Gesetzes die diesen zugrunde liegenden Interessenkonflikte berücksichtigt werden müssen. BGH GS-Beschluß vom 5.2.1952 in NJW 1952, S. 458; vgl. auch Kraft, S. 34 ff (insbes. S. 36).

Gesetzesbestimmungen entnommen wird (im Falle der sog. Rechtsanalogie) auf einen im Gesetz nicht geregelten Tatbestand setzt voraus, daß die Tatbestände einander ähnlich sind, d.h., daß sie sich bezüglich der rechtlichen Bewertung nur in unwesentlichen, die Regel innerlich nicht berührenden Punkten unterscheiden, wobei der im Gesetz zum Ausdruck gekommene Normzweck und die der Norm zugrunde liegende Bewertung der Interessenlage entsprechende Berücksichtigung finden müssen.

Das Institut der wettbewerblichen Abwehr hat im Gesetz keine Regelung gefunden, vielmehr wurde es gewohnheitsrechtlich anerkannt. Eine Ähnlichkeit zwischen den normierten Notwehrtatbeständen (§ 227 BGB und § 32 StGB) und dem Abwehreinwand des Wettbewerbsrechts scheint prima facie vorzuliegen, da beide Institute Ausnahmeregelungen von gesetzwidrigem Verhalten beinhalten. Insofern ist der Feststellung Erichsens beizupflichten, der in beiden Instituten den allgemeinen Grundsatz realisiert sieht, daß der einzelne zur Verteidigung schutzwürdiger Interessen befugt sein soll. Von entscheidender Bedeutung für die Ähnlichkeit zweier Tatbestände ist jedoch, daß sie sich bezüglich der rechtlichen Bewertung "nur in unwesentlichen, die Regel innerlich nicht berührenden Punkten unterscheiden¹⁾." Erichsen²⁾ selbst vertritt hinsichtlich des Abwehreinwandes, daß dieser im Gegensatz zur Notwehr keinen Rechtfertigungsgrund darstellt, sondern - lt. unserer Definition - einen aufgrund einer Gesamtwürdigung wettbewerblichen Verhaltens ermittelten Ausnahmefall von dem im § 1 UWG statuierten Verbot sittenwidrigen Verhaltens, der bereits bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit berücksichtigt werden muß. Beseitigt ein berechtigtes Handeln in Notwehr somit die Widerrechtlichkeit der Tat, so läßt ein zulässiges Abwehrverhalten den Vorwurf der Widerrechtlichkeit mangels eines gem. § 1 UWG tatbestandsmäßigen Verhaltens gar nicht entstehen. Ergebnis der rechtlichen Bewertung in

1) Vgl.: Enneccerus-Nipperdey, S. 340.

2) Vgl.: Erichsen (GRUR 1959), S. 427.

diesem Punkte ist dementsprechend der Gegensatz zwischen einem Rechtfertigungsgrund auf der einen und einem den Tatbestand wettbewerbswidrigen Verhaltens ausschließenden Grund auf der anderen Seite.

Auch Normzweck und Interessenlage stehen der Analogie der Notwehrgrundsätze entgegen. Aus der Sicht der Notwehr = Abwehrlehre, die den Normzweck der Notwehrbestimmungen sowie den der wettbewerblichen Abwehr allein in der Befugnis des einzelnen erblickt, seine schutzwürdigen Interessen verteidigen zu dürfen - Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen -, ist die analoge Anwendung der Notwehrgrundsätze im Wettbewerbsrecht konsequenterweise ein unbedingtes Erfordernis. Stimmen wir auch damit überein, daß Abwehr wie Notwehr dem einzelnen die Befugnis zur Verteidigung schutzwürdiger Interessen erteilen soll, so unterscheiden sich diese Institute nach unserer Ansicht dennoch im "Zweck und im Grundgedanken"¹⁾. Während das allgemeine Notwehrrecht die Grundentscheidung trifft, daß die Interessen des Angreifers grundsätzlich geringer zu bewerten sind und eine Disproportionalität der konkurrierenden Güter nur bei krassem Mißverhältnis die Entscheidung zu beeinflussen vermag, basiert die wettbewerbliche Abwehr auf der grundsätzlich gleichrangigen Bewertung aller an einer Abwehrsituation beteiligten Interessen, wodurch in jedem Falle die Prüfung zu erfolgen hat, ob das dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht widersprechende Maß des zur Abwehr Erforderlichen durch die Verteidigungshandlung überschritten wurde. Diese unterschiedliche Interessenlage führt bei der Abwehr, wie die Kritik der Notwehr = Abwehrlehre gezeigt hat, zu den Konsequenzen, die aufgrund der spezifischen Gesetzmäßigkeiten des Wettbewerbs einerseits als nicht auf dem Boden der Notwehrlehre stehend erklärt werden können, und verbietet andererseits, da sie den wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten widersprechen, der Notwehrlehre immanente Betrachtungsweisen.

1) Vgl.: Larenz, S. 360 (s. Fußnote Nr. 2 auf S. 167).

Wenn die Notwehr = Abwehrlehre sowie die Lehre der analogen Anwendung der Notwehrgrundsätze die Identität zwischen dem Angreifer und dem durch die Abwehrhandlung allein Verletzten fordert und damit das praktisch unbefriedigende Ergebnis indiziert, daß der Abwehrende bei den meisten Abwehrmaßnahmen seitens der neben dem Angreifer ebenfalls beeinträchtigten unbeteiligten Dritten auf Unterlassung oder Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann, so können sie für sich nicht in Anspruch nehmen, daß eine analoge Anwendung der Notwehrgrundsätze befriedigende, da interessengerechte Lösungen aller Einzelprobleme biete. Die Wahrung des wettbewerblichen Gleichgewichts erfordert vielmehr ein Rechtsinstitut, dessen Zweckbestimmung über die Modalitäten des reinen Verteidigungsgedankens des allgemeinen Notwehrrechts hinausgeht und zur Wahrung des wettbewerblichen Gleichgewichts geeignet ist, die Kampfgleichheit der widerstreitenden Wettbewerbsinteressen zu regulieren.

Die Notwendigkeit, die Regeln des allgemeinen Notwehrrechts im Wettbewerbsrecht analog anzuwenden, ergibt sich seitens der Lehre der analogen Anwendung der Notwehrgrundsätze insbesondere aus dem Gesichtspunkt der sog. "Doppelverletzung". Wettbewerbsverstöße werden den Konkurrenten häufig nicht nur in seiner wettbewerbsrechtlich geschützten Interessenssphäre, sondern auch in seiner privaten Rechtssphäre (Ehre, Vermögen etc.) treffen. Etwaige dadurch ausgelöste, gleichgelagerte Verteidigungshandlungen erfüllen zumeist - ohne Berücksichtigung der Verteidigungssituation - neben den Verbotstatbeständen des UWG ebenfalls die Tatbestände der §§ 823, 824, 826 BGB und der §§ 185, 186, 187 StGB. Aufgrund dieser engen Verbindung zwischen dem Wettbewerbsrecht auf der einen und dem Bürgerlichen- bzw. Strafrecht auf der anderen Seite hält diese Lehre - da die nicht wettbewerbsrechtlichen Verstöße durch die Notwehr gedeckt seien - die Beurteilung der wettbewerblichen Abwehr anhand der entsprechend heranzuziehenden Notwehrgrundsätze für unbedingt erforderlich.¹⁾

1) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 121; s. auch bei Sekler, S. 67.

Sicher ist der Systematik des BGB der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, daß die rechtfertigenden Erlaubnissätze auf die normierten Sondertatbestände möglichst beschränkt bleiben sollen; der Schaffung spezifischer Erlaubnissätze für Gebiete, die keine entsprechenden Ausnahmeregelungen beinhalten, steht daher grundsätzlich die auf dem Gebot der einheitlichen Rechtsordnung basierende Möglichkeit entgegen, die Begriffe der allgemeinen Ausnahmeregeln den besonderen Verhältnissen anzupassen.¹⁾ Da die Notwehr jedoch widerrechtliche Handlungsweisen rechtfertigt, während die Abwehr bereits den Tatbestand wettbewerbswidrigen Handelns ausschließt, es sich dabei also nicht um einen spezifischen rechtfertigenden Erlaubnissatz handelt, kann das grundsätzliche Analogiegebot den Abwehreinwand nicht betreffen.

Den Fällen der sog. "Doppelverletzungen" kann damit ein eigenständiger wettbewerbsspezifischer Erlaubnissatz (bezüglich eines Wettbewerbsverstoßes) im Zusammenspiel mit dem Notwehreinwand (bezüglich der kollidierenden Rechtsgüter des Zivil- bzw. Strafrechts) gerecht werden. Es kann in diesem Zusammenhang bereits darauf hingewiesen werden, daß wir bei der eigenen Stellungnahme zur rechtlichen Einordnung des Abwehreinwandes diesen wie folgt klassifizieren werden:

"Der Abwehreinwand ist ein dem Grundgedanken der Notwehr angelehntes, eigenständiges, wettbewerbsspezifisches Rechtsinstitut, das gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden hat." Die Schwierigkeiten, die die Vertreter der analogen Anwendung der Notwehrgrundsätze darin erblicken, daß Verteidigungshandlungen, die an sich sowohl gegen § 1 UWG als auch z.B. gegen § 823 BGB verstoßen, u.U. eine unterschiedliche Beurteilung erfahren

1) Vgl.: Kraft (S. 50/51), der mit Recht darauf hinweist, daß dieser Grundsatz seitens der Rechtsprechung nicht als unumstößliches Dogma behandelt wird: "Dennoch hat es sich die Rechtsprechung nicht nehmen lassen - in der richtigen Erkenntnis, daß jede Rechtfertigung an sich rechtswidrigen Verhaltens das Ergebnis einer Interessenabwägung ist - in einzelnen, besonders krassen Fällen von Interessenkollisionen Rechtfertigungsgründe anzuerkennen, die das Gesetz nicht vorsieht."

könnten¹⁾, werden durch die hier vertretene Ansicht ausgeräumt, da im Falle einer Doppelverletzung die nichtwettbewerbsrechtlichen Verteidigungsmaßnahmen durch die Notwehr gedeckt werden können, während die "Verletzungen" wettbewerbslicher Interessen durch den eigenständigen Abwehreinwand von dem Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit befreit werden können.

Die Notwendigkeit, die Notwehrbestimmungen auf die wettbewerbsrechtliche Ausnahmesituation der Abwehr analog heranzuziehen, kann sich folglich nach der hier vertretenen Ansicht auch aus diesem Grunde nicht ergeben.

3. "Die wettbewerbsliche Abwehr ist ein eigenes Rechtsinstitut"

Im Rahmen der Diskussion der Voraussetzungen des Abwehreinwandes wurden bereits die wesentlichsten Argumente der nicht auf dem Boden dieser Lehre stehenden Meinungen aufgezeigt. Diese Schriftsteller wenden sich gegen die Gleichsetzung der Notwehr mit der Abwehr, da nach ihrer Ansicht die allgemeinen Regeln der Notwehrlehre einerseits verschiedene Konsequenzen bergen, die den wettbewerbslichen Verhältnissen nicht entsprechen, und andererseits einige, für die Lösung des Abwehrproblems wichtige Einlassungen der Vertreter der Notwehr = Abwehrlehre zwar den spezifischen wettbewerbslichen Gegebenheiten Rechnung tragen, aber nicht auf dem Boden der allgemeinen Notwehrlehre stehen.

Zur Vermeidung einer Wiederholung aller bereits berührten Fragenkomplexe sollen hier lediglich die wichtigsten Lehrmeinungen der nicht auf dem Boden der Notwehr = Abwehrlehre stehenden Literatur im Zusammenhang skizziert werden, ohne die jeweils angesprochenen Aspekte erneut einer Beurteilung zu unterziehen. Es wird sich dabei erweisen, daß diese Stellungnahmen, denen wir in ihrer grundsätzlichen Aussage, daß der wett-

1) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 121.

bewerblichen Abwehr der Charakter eines eigenständigen Rechtsinstitutes zukommen müsse, zwar folgen, in mancherlei Hinsicht nicht frei von Widersprüchen sind.

(a) Rosenthal¹⁾ und R. Isay²⁾ haben bereits frühzeitig betont, daß die hM den im Wettbewerbsrecht verwendeten Begriff der Abwehrhandlung zu Unrecht mit der zivil- und strafrechtlichen Notwehr identifiziert. Unter Bezugnahme auf die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts³⁾ sollen nach ihrer Ansicht Abwehrhandlungen auch dann zulässig sein, wenn der "Angriff", gegen den sich der Täter verteidige, nicht rechtswidrig sei. Die Rechtswidrigkeit des Angriffs habe nur insoweit Bedeutung, als sie den Maßstab liefere für den zulässigen Grad der Abwehr. Diese Stellungnahmen würden bei der Zulassung von Abwehrhandlungen - wie sie heute allgemein verstanden werden, nämlich als "an sich" wettbewerbswidrige Handlungen - auch bei nicht rechtswidrigen Angriffssituationen eine latente Gefährdung des lauterer Wettbewerbs initiieren. Dieser Gefahr hat die jüngere Rechtsprechung durch eindeutige negative Stellungnahmen Rechnung getragen, indem sie feststellte, daß eine zulässige Abwehrmaßnahme eines rechtswidrigen Angriffes bedürfe⁴⁾.

Im übrigen haben diese Stimmen - wie auch Sekler⁵⁾ mit Recht bemerkt - abgesehen von der unserer Ansicht nach richtigen Feststellung, daß Abwehr nicht der allgemeinen Notwehr gleichzusetzen ist, nur wenig zur Lösung des Abwehrproblems beitragen können. Wie widerspruchsvoll die Äußerungen im einzelnen

1) Vgl.: Rosenthal, § 1 UWG, Rn. 30; so noch heute Rosenthal-Leffmann, § 1 UWG, Rn. 48, S. 123.

2) Vgl.: Isay, R. (Vernichtungszweck), S. 1379.

3) Sie beziehen sich insbesondere auf den Fall der Bremer Baumwollhändler (RG vom 6.11.1923 in JW 1927, S. 112 (113)).

4) Vgl.: BGH vom 12.3.1954 in GRUR 1954, S. 337 (341); BGH vom 22.1.1971 in WRP 1971, S. 222 (223).

5) Vgl.: Sekler, S. 38.

sind, wird anhand folgender Ausführungen Rosenthals deutlich, die er der Entscheidung des Reichsgerichts vom 6. November 1923 entnommen hat:¹⁾

"An sich können auch Abwehrmaßregeln gegen die guten Sitten verstoßen. Aber bei der Prüfung der Frage, ob die angewandten Mittel als zulässig zu betrachten sind, muß der Abwehrzweck wesentlich berücksichtigt werden. Mittel, die ohne ihn nicht mehr als zulässige Wettbewerbshandlungen anzusehen wären, können als Abwehrmaßregeln erlaubt sein (RG 92, S. 113, Rosenthal, 5. Aufl. § 1 Note 29). Allerdings darf das angewandte Mittel keinesfalls an sich unlauter sein. Insoweit sind auch für Abwehrhandlungen die gleichen Grenzen wie für den Wettbewerb überhaupt maßgebend.

(b) Eine differenziertere Betrachtungsweise des Abwehrproblems lassen die Begründungen erkennen, die Droste²⁾ gegeben hat und denen sich Reimer³⁾ im wesentlichen angeschlossen hat. Droste lehnt die völlige Übernahme des Notwehrrechts auf das Wettbewerbsrecht ab, da die rein tatsächlichen Voraussetzungen der wettbewerblichen Abwehr in der Regel von denen der allgemeinen rechtlichen Notwehrsituationen zu unterscheiden seien. Eine Notwehrhandlung erfordere in der Regel ein sehr schnelles Reagieren des Angegriffenen, während der Zwang einer schnellen Reaktion normalerweise bei Wettbewerbsangriffen nicht gegeben sei. Aus diesem Grunde könnten auch die Grundsätze der Entschuldbarkeit des Notwehrexzesses und der Putativnotwehr, zu deren Übernahme die Notwehr = Abwehrlehre konsequenterweise verpflichtet wäre, keine Anwendung finden.

Die Erörterung dieser Frage hat jedoch erwiesen, daß die wettbewerbliche Besonderheit, daß dem Wettbewerber zumeist genügend

1) Vgl.: Rosenthal-Leffmann, § 1 Rn. 48 (S. 123); RG vom 6.11. 1923 in JW 1927, S. 112 (113).

2) Vgl.: Droste, H. (Abwehr), S. 511ff. und (Diss.), S. 56.

3) Vgl.: Reimer, D., S. 127.

Zeit bleibt, eine geeignete und zulässige Abwehrmaßnahme zu ermitteln, kein tragendes Argument gegen die Übernahme der Notwehrbestimmungen ins Wettbewerbsrecht darstellen kann. Als gewichtiger wurde dagegen das von Droste angeführte Bedenken beurteilt, daß die Übernahme der Unrechtsausschließungsgründe des allgemeinen Notwehrrechts die grundsätzliche Möglichkeit eröffne, aufgrund der subjektiven Beurteilung eines Wettbewerbers den gegen ihn gerichteten Verschuldensvorwurf zu verneinen. Demgegenüber konnte jedoch nicht der Kritik Drostes gefolgt werden, die wettbewerbsspezifischen Gegebenheiten verwehrten eine Übernahme des Tatbestandsmerkmals "Gegenwärtigkeit" der allgemeinen Notwehrbestimmungen, da ein wettbewerblicher Angriff viel länger "gegenwärtig" sei. Auch die Notwehr = Abwehrlehre bejaht einen weiteren Rahmen der zeitlichen Grenze eines gegenwärtigen Angriffs und setzt sich damit nicht in Widerspruch zu den Grundsätzen der Notwehr des allgemeinen Rechts.

Die Feststellung Drostes¹⁾: "Die wettbewerbliche Abwehr hat also tatsächlich einerseits einen engeren, andererseits aber auch einen weiteren Rahmen als die Notwehr", läßt sich nach der hier vertretenen Ansicht somit zwar nicht aufgrund der von ihm angeführten Kritik rechtfertigen, doch gibt sie erste differenzierte Hinweise dafür, daß die wettbewerbliche Abwehr aufgrund der Eigenart des Wettbewerbs anderen Gesetzen unterliegt als die Notwehr. Dieser Ausgangspunkt führte Droste im Anschluß an die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu der Feststellung²⁾, "daß wettbewerbliche Abwehr nicht gleich Notwehr zu setzen ist, wenn auch die Grundgedanken des Notwehrrechts ihre Auswirkungen gefunden haben." Die von ihm gegebene Definition einer zulässigen Abwehrhandlung skizzierte die damaligen Ergebnisse der Rechtsprechung und gab der Diskussion um die Systematik des Abwehrproblems eine erste klare Grundlage. Dieses Ergebnis Droste, das er an der werblichen Auseinandersetzung exempli-

1) Vgl.: Droste, H. (Abwehr), S. 512.

2) Vgl.: Droste, H. (Abwehr), S. 513.

fizierte, lautet wie folgt:

"Mit dem Reichsgericht und dem Bundesgerichtshof ist nach alledem festzustellen, daß eine Abwehrhandlung zulässig ist, wenn sie erforderlich wurde, um eine unlautere Angriffswerbung abzuwehren und wenn sie darüber hinaus bestimmt und geeignet war, diesen Zweck zu erfüllen, sowie sich letztlich im Rahmen wahrheitsgemäßer und sachlicher Erörterung gehalten hat."¹⁾

Neben den von uns erarbeiteten Bedenken, die gegen die Ausführung Drostes bezüglich des Notwehrexzesses und der Putativ-Notwehr sowie des Tatbestandsmerkmals "Gegenwärtigkeit" bestehen, muß noch auf einige Widersprüchlichkeiten hingewiesen werden, die erkennen lassen, daß Droste die grundsätzlichen Aspekte der Abwehrproblematik noch nicht zweifelsfrei zu klären vermochte. Dazu bedarf es der Wiedergabe einiger Textstellen, die erkennen lassen, welche Bedeutung er dem Abwehreinwand im Grundsätzlichen zukommen läßt:²⁾

"Ich habe bei der bisherigen Untersuchung herausgestellt, daß grundsätzlich ein wettbewerbswidriges Handeln nicht durch Abwehr gedeckt wird. Wo der Einsatz "an sich" wettbewerbswidriger Mittel nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts erlaubt wurde, sind durch die Rechtsprechung genaue Grenzen gesteckt worden." ... und weiter auf S. 516: ... "Wenn es (das Reichsgericht³⁾ andererseits immer wieder zum Ausdruck brachte, daß "kein Angriff und selbst nicht arglistiges Verhalten zu unlauterer Abwehr" berechtigen, so schwebte dem Reichsgericht nach meiner Auffassung dabei vor Augen, daß eben grundsätzlich ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht mit einem wettbewerbswidrigen Verhalten abgewehrt werden darf."

Diese Stellungnahmen lassen vermuten, daß Droste die für die Abwehrproblematik wichtige Unterscheidung zwischen unzulässigem "abwehrenden" Verhalten mit wettbewerbswidrigen Mitteln einerseits und der Abwehr durch den Gebrauch "an sich" wettbe-

1) Vgl.: Droste, H. (Abwehr), S. 513.

2) Vgl.: Droste, H. (Abwehr), S. 514/515 und S. 516.

3) Eingefügt durch Verfasser.

werbswidriger Mittel, denen der Makel der Wettbewerbswidrigkeit infolge der Abwehrsituation gänzlich genommen ist, andererseits nicht eindeutig getroffen hat. Wenn er aufgrund seiner Interpretation der Rechtsprechung zu der Feststellung gelangt, daß "grundsätzlich ein wettbewerbswidriges Handeln nicht durch Abwehr gedeckt wird" oder "grundsätzlich ein wettbewerbswidriges Verhalten nicht mit einem wettbewerbswidrigen Verhalten abgewehrt werden darf", so verkennt er, daß wettbewerbswidriges Verhalten nicht nur grundsätzlich keine berechtigte Abwehr ermöglicht, dieses vielmehr als zulässige Abwehrmaßnahme in keinem Falle eingesetzt werden darf. Die bereits zitierten¹⁾, von Droste im Anschluß an die Rechtsprechung ermittelten Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Abwehrhandlung können dementsprechend nach unserer Ansicht nur dann ihre Bedeutung gewinnen, wenn sie den Rahmen "an sich" wettbewerbswidriger Abwehrmaßnahmen bestimmen.

(c) Die weiteren nicht auf dem Boden der Notwehr = Abwehrlehre stehenden Vertreter des Schrifttums haben dem Grundsätzlichen des Abwehreinwandes aufgrund seiner nahezu einhelligen gewohnheitsrechtlichen Anerkennung nur wenig Bedeutung beigemessen. So stellen Baumbach-Hefermehl²⁾ mit dem Hinweis auf Droste lediglich fest, daß Abwehr nicht dasselbe sei wie Notwehr iSv § 227 BGB; in Wahrheit sei es eine andere Wertung. Gewiß liege auch dem Abwehreinwand der Rechtsgedanke des § 227 BGB zugrunde, doch gehe es bei § 1 UWG nicht um die Rechtfertigung eines tatbestandlich rechtswidrigen Verhaltens durch einen besonderen Unrechtsausschließungsgrund, sondern um die Beurteilung, ob ein wettbewerbswidriges Verhalten sittenwidrig sei. In diesem Sinne äußert sich auch v. Godin³⁾, für den die Abwehrhandlung eine

1) S. o. S. 175/176.

2) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 303⁵ zu Einl. UWG.

3) Vgl.: v. Godin (Wettbewerbsrecht), Anm. 230 zu U § 1 (S. 157).

zusätzliche Verteidigung besonderer Art, eine Art Selbsthilfe ist, die sich allein aus dem Wesen des Wettbewerbsrechtes ergebe und sich nicht mit der Notwehr im Sinne des § 227 BGB decke. Bussmann-Pietzcker-Kleine¹⁾ begnügen sich mit dem Hinweis, daß unter Abwehr nicht das gleiche zu verstehen sei, wie die strafrechtliche Notwehr, obwohl ähnliche Voraussetzungen wie bei der Notwehr gegeben sein müßten.

Die weiteren Stellungnahmen dieses Schrifttums zur Abwehrproblematik lassen zwar deutlich werden, aufgrund welcher Besonderheiten des Wettbewerbsrechts die Grundsätze der Notwehrlehre nach diesen Ansichten auf die Abwehr keine unmittelbare Anwendung finden sollen - diese Einwände wurden bereits im Rahmen der Diskussion der Voraussetzungen des Abwehreinwandes auf ihre Erheblichkeit hin untersucht²⁾ - darüber hinausgehende Klarstellungen zur rechtlichen Einordnung des Abwehreinwandes enthalten sie jedoch nicht. Die Einlassungen, daß die Abwehr eine zusätzliche Verteidigung, eine Art Selbsthilfe und in Wahrheit eine andere Wertung als die Notwehr darstelle, vermögen infolge ihrer Beschränkung auf die negative Abgrenzung von den Notwehrgrundsätzen, abgesehen von dem Hinweis Baumbach-Hefermehls, daß es bei § 1 UWG nicht um die Rechtfertigung eines tatbestandlich rechtswidrigen Verhaltens gehe, sondern um die Beurteilung, ob ein wettbewerbles Verhalten sittenwidrig sei, die rechtliche Qualifizierung dieses Institutes nicht weiter zu deuten.

III. Die rechtliche Einordnung des Abwehreinwandes durch die Rechtsprechung

Die Bedeutung des Abwehreinwandes für die wettbewerbliche Rechtsprechung läßt sich insbesondere daran messen, daß dieser Ein-

1) Vgl.: Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 92.

2) S. o. S. 159.

wand seit dem Inkrafttreten des UWG im Jahre 1909 in etwa 200 veröffentlichten höchstrichterlichen Entscheidungen angesprochen wurde. Die Durchsicht dieser Urteile überrascht insofern, als die Rechtsprechung nur in wenigen Fällen ausdrücklich zur Rechtsgrundlage der Abwehr Stellung genommen hat, obwohl diese Frage in der Literatur immer lebhaft diskutiert worden ist.

Nachdem das Reichsgericht im Jahre 1915 in der vielzitierten Entscheidung zum "Leipziger Zeitungsstreit"¹⁾ mit dem Hinweis auf § 227 BGB festgestellt hatte, daß sich die Beklagten gegenüber den ehrverletzenden Angriffen des Klägers in nachdrücklicher Weise wehren und versuchen durften, künftigen Angriffen in geeigneter Weise vorzubeugen, hat es diese Vorschrift, soweit ersichtlich, erneut erst wieder im Jahre 1943²⁾ herangezogen.

Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 1. Februar 1935³⁾ hat der Bundesgerichtshof - nachdem er den Abwehreinwand in einigen früheren Urteilen bereits berücksichtigt hatte⁴⁾ - am 12. März 1954 in der sog. "Radschutzentscheidung" die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Abwehrvergleich bestätigt und die Voraussetzungen bestimmt, unter denen ein sol-

1) Vgl.: RG vom 6.5.1915 in JW 1915, S. 913 (915).

2) Vgl.: RG vom 8.11.1943 in GRUR 1944, S. 34 (35).

3) Vgl.: RG vom 1.2.1935 in MuW 1935, S. 148 (150).

4) Vgl.: BGH vom 13.11.1951 in GRUR 1952, S. 416 (417); BGH vom 8.4.1952 in GRUR 1952, S. 582 (584); BGH vom 20.5.1952 in GRUR 1953, S. 37 (39/40); BGH vom 21.11.1953 in NJW 1954, S. 147; vgl. auch KG (West) vom 10.7.1951 in NJW 1952, S. 70 (71); OLG Hamm vom 28.2.1952 in MDR 1952, S. 428; OLG Koblenz vom 16.10.1952 in GRUR 1953, S. 534 (536); OLG Düsseldorf vom 9.1.1953 in WuW 1953, S. 237; OLG Bamberg, Beschluß vom 30.3.1953 in GRUR 1953, S. 255 (257/258); OLG Stuttgart, Beschluß vom 22.9.1953 in WuW 1953, S. 701 (702/703), das zur Rechtsgrundlage des Abwehreinwandes ausführt: "allerdings muß, ... die abwehrende Werbung sich, dem Grundgedanken des § 227 BGB folgend, im Rahmen des zur Abwehr Erforderlichen halten, sie muß in würdiger, unnötiger Bloßstellung vermeidender Form geschehen und sich an die Wahrheit halten."

cher zuzulassen ist, ohne jedoch eine rechtliche Begründung zu geben¹⁾. Erst die Entscheidung vom 3. November 1959 ("Frachtenrückvergütung")²⁾ - nachdem der Abwehreinwand in den Jahren 1954 bis 1959 vom Bundesgerichtshof und einigen Obergerichten mehrfach angesprochen worden war³⁾ - brachte, indem sie den Unterschied zwischen der allgemeinen Notwehr und der wettbewerblichen Abwehr behandelte, eine erste rechtsbegründete Stellungnahme der Karlsruher Richter. Das bedeutendste Kriterium für die Unterscheidung dieser beiden Rechtsinstitute sah der Bundesgerichtshof darin, daß der Einwand der Abwehr rechtsdogmatisch nicht die Rechtswidrigkeit, sondern die Wettbewerbswidrigkeit betreffe, so daß der Abwehreinwand an sich auch da durchgreifen könne, wo der Einwand der Notwehr versage. Mit dieser Abgrenzung wurde zum einen klargestellt, daß die Abwehr ein wettbewerbsspezifisches Rechtsinstitut ist, und zum anderen die hier vertretene Auffassung⁴⁾ bestätigt, daß die Ausnahme-

-
- 1) Vgl.: BGH vom 12.3.1954 in GRUR 1954, S. 337 (341/342); dort wurde ausgeführt, daß die kritisierende Herabsetzung der Ware eines Mitbewerbers als Abwehrmaßnahme gegen einen ungerechtfertigten Angriff nur statthaft sei, wenn sie zum Zwecke der Abwehr unumgänglich notwendig sei (Bestätigung des RG in MuW 1935, S. 148 (150)). Insbesondere müsse die Abwehrmaßnahme sich als taugliches und adäquates Mittel zur Abwehr eines Angriffes darstellen. Unwahre Behauptungen seien als Abwehrmaßnahme in keinem Falle zulässig.
 - 2) Vgl.: BGH vom 3.11.1959 in GRUR 1960, S. 193 (195/196).
 - 3) Vgl.: BGH vom 8.7.1955 in GRUR 1955, S. 541 (543); BGH vom 5.6.1956 in GRUR 1957, S. 23 (24); BGH vom 5.10.1956 in GRUR 1957, S. 123 (125); BGH vom 15.1.1957 in GRUR 1957, S. 278 (279); BGH vom 22.2.1957 in GRUR 1957, S. 365 (368); BGH vom 14.11.1958 in GRUR 1959, S. 143 (145); BGH vom 21.11.1958 in GRUR 1959, S. 244 (247); vgl. auch: OLG Hamburg vom 2.6.1954 in WRP 1955, S. 133 (135); OLG Stuttgart vom 28.12.1954 in NJW 1955, S. 389; OLG Stuttgart vom 3.5.1955 in WRP 1956, S. 48; OLG Hamburg vom 15.6.1955 in WRP 1956, S. 72; OLG Stuttgart vom 6.7.1955 in WRP 1955, S. 250/251; OLG Hamburg vom 27.10.1955 in WRP 1955, S. 272; OLG Celle vom 4.2.1956 in WuW 1956, S. 806 (807); LG Frankfurt, Beschluß vom 22.10.1959 in BB 1960, S. 460/461.
 - 4) S. o. S. 151/152.

situation eines Handelns in Abwehr nicht ein rechtswidriges, weil tatbestandsmäßiges Tun rechtfertigt, sondern den Vorwurf der Sittenwidrigkeit mangels tatbestandsmäßiger Erfüllung gar nicht entstehen läßt. Wenn Schramm in seiner Anmerkung¹⁾ zum Urteil vom 3. November 1959 die Frage stellt: "Ist nicht Wettbewerbswidrigkeit der spezielle Ausdruck für Rechtswidrigkeit auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts?", und dazu bemerkt: "Abwehr wird vielfach mit Notwehr begründet", so ist diese Frage nach unserer Ansicht zwar insofern zu bejahen, als tatbestandsmäßig sittenwidrige Wettbewerbshandlungen zugleich rechtswidrig bzw. wettbewerbswidrig sind²⁾; die Fragestellung zeigt jedoch, daß Schramm die vom BGH vollzogene, für die Abwehrproblematik wesentliche Differenzierung zwischen Abwehr und Notwehr nicht zu deuten vermochte.

Die negative Abgrenzung zum Notwehreinwand allein vermochte die rechtliche Begründung der wettbewerbslichen Abwehr seitens der Rechtsprechung noch nicht zu geben, zumal die vom BGH getroffene Unterscheidung beider Rechtsinstitute schon kurze Zeit später - nach mehreren Entscheidungen³⁾, die zur Rechtsgrundlage der Abwehr keine weiteren Anhaltspunkte enthielten - wieder in Frage gestellt wurde. Die vom gleichen Senat verkündete Entscheidung vom 14. Juli 1961 ("Betonzusatzmittel")⁴⁾ sprach nämlich von einem "Rechtfertigungsgrund der Abwehr", obwohl gleichzeitig das Recht zur kritischen Befassung mit der Ware oder Lei-

1) Vgl.: Schramm, Anm. zum Ur. vom 3.11.1959 in GRUR 1960, S. 197.

2) Zu dieser Frage wurde bereits näher Stellung genommen; s. o. S. 153.

3) Vgl.: BGH vom 8.1.1960 in GRUR 1960, S. 331 (333); BGH vom 26.2.1960 in GRUR 1960, S. 384 (387); BGH vom 29.3.1960 in GRUR 1961, S. 237 (241); BGH vom 8.4.1960 in GRUR 1960, S. 431 (433); BGH vom 19.12.1960 in GRUR 1961, S. 288 (289); vgl. auch: OLG Düsseldorf vom 20.1.1961 in WuW 1961, S. 380 (383); OLG Hamburg vom 3.3.1961 in WRP 1961, S. 368 (369).

4) Vgl.: BGH vom 14.7.1961 in GRUR 1962, S. 45 (48/49).

stung des Mitbewerbers unter dem Gesichtspunkt der Notwehr, der wettbewerblichen Abwehr und der Wahrnehmung eines berechtigten Interesses für die Fälle anerkannt wurde, in denen der Werbende hinreichenden Anlaß zu solcher Verhaltensweise hatte und seine Kritik sich nach Art und Maß im Rahmen des Erforderlichen hielt. Dieser Widerspruch wurde in den darauf folgenden Entscheidungen eher verstärkt als beseitigt.¹⁾ So enthält das Urteil vom 30. Oktober 1963 ("Bodenbeläge")²⁾ die Bemerkung, daß der Gesichtspunkt der Abwehr erst eingreife, wenn ein an sich wettbewerbswidriges Handeln in Frage stehe, das wegen eines widerrechtlichen Verhaltens des Verletzten ausnahmsweise gerechtfertigt werden solle. Konträr stehen sich die beiden im Jahre 1966 vom gleichen Senat in kurzer Folge gegebenen Begründungen gegenüber. Während das Urteil vom 19. Oktober 1966 ("Streckenwerbung")³⁾ zwischen Notwehr und Abwehr differenziert und betont, daß der Gesichtspunkt der wettbewerblichen Abwehr weiterreichen könne, als der Notwehreinwand, da es sich bei der Abwehr um die Frage handele, ob das zu beurteilende Verhalten, das an sich wettbewerbswidrig sein würde, im Hinblick auf die Abwehrlage des Handelnden ausnahmsweise als nicht sittenwidrig anzusehen sei, wird der Abwehreinwand in der Entscheidung vom 30. November 1966 ("Backhilfsmittel")⁴⁾ wiederum als Rechtfertigungsgrund

1) In den nach der Entscheidung vom 14.7.1961 ergangenen Urteilen finden sich keine weiteren Anhaltspunkte zur rechtlichen Begründung der Abwehr. Vgl.: BGH vom 8.3.1962 in GRUR 1962, S. 426 (428); BGH vom 18.1.1963 in GRUR 1964, S. 371 (374); (auch hier wird davon gesprochen, daß der angegriffene Werbespruch der Beklagten nicht als Abwehrmaßnahme zu rechtfertigen ist); vgl. auch: OLG Stuttgart vom 12.10.1961 in BB 1962, S. 350; LG Osnabrück vom 5./19.11.1965 in BB 1966, S. 95 (96).

2) Vgl.: BGH vom 30.10.1963 in GRUR 1964, S. 33 (35).

3) Vgl.: BGH vom 19.10.1966 in GRUR 1967, S. 138 (140); die Entscheidung hebt außerdem hervor, daß eine wettbewerbliche Abwehrlage, wenn die Voraussetzungen besonderer Rechtfertigungsgründe nicht vorliegen, keinesfalls die nach allgemeinem Bürgerlichen Recht gegebene Widerrechtlichkeit einer Besitzentziehung beseitigen könne.

4) Vgl.: BGH vom 30.11.1966 in GRUR 1967, S. 308 (310).

qualifiziert. Der BGH führt an dieser Stelle aus: "Die rechtliche Bedeutung der Abwehr wie auch der Wahrnehmung berechtigter Interessen im Wettbewerb besteht vielmehr gerade darin, Handlungen, die ohne diesen Rechtfertigungsgrund wettbewerbswidrig wären, ihrer Rechtswidrigkeit zu entkleiden." Verbunden mit der Aussage in der darauf folgenden einschlägigen Entscheidung vom 7. Juni 1967 (Favorit II)¹⁾: "Dieser Schadensentwicklung entgegenzutreten ist, solange die Drohung der Rechtsverletzung als gegenwärtig anzusehen ist, unter dem Gesichtspunkt der Notwehr (§ 227 BGB) im Rahmen des Erforderlichen erlaubt und auch nach dem etwaigen vorläufigen Abschluß des Vertriebs keine unlautere Wettbewerbshandlung des Verletzten", schien der BGH nunmehr den Standpunkt der Notwehr = Abwehrlehre zu teilen und der Abwehr die Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes zugrunde zu legen, auf den die Vorschrift des § 227 BGB direkt anzuwenden sei, ohne zu den früheren, dazu im Widerspruch stehenden Begründungen Stellung bezogen zu haben.

Umso überraschender folgte, mit dem Urteil vom 22. Januar 1971²⁾, unter ausführlicher Erörterung der einschlägigen früheren Rechtsprechung eine dahingehende Klärung im Grundsätzlichen, als der BGH den Abwehreinwand wiederum nicht mehr als Rechtfertigungsgrund wertete und die Voraussetzungen unter entsprechender Heranziehung des § 227 BGB ermittelte. Da diese umfassende Stellung-

1) Vgl.: BGH vom 7.6.1967 in GRUR 1968, S. 382 (385); die Entscheidung behandelt den Fall der kritischen Auseinandersetzung in einer Fachzeitschrift mit der Ware der Klägerin, die das Sortenschutzrecht der Beklagten verletzt hatte und weiter verletzte. Die Entscheidung des BGH vom 1.2.1967 in GRUR 1967, S. 430 (432) enthielt keinen weiteren Hinweis. Demgegenüber führte das OLG Düsseldorf in seinem Urteil vom 20.12.1966 in Betrieb 1967, S. 281 aus: "An die Zulässigkeit einer solchen Abwehr, die sich an der allgemeinen Notwehr orientiert, ist ein strenger Maßstab anzulegen."

2) Vgl.: BGH vom 22.1.1971 in BB 1971, S. 410/411 und in WRP 1971, S. 222 bis 225, wobei diese Veröffentlichung ausführlicher ist. Keine weiteren Hinweise enthielt die einschlägige Entscheidung des BGH vom 20.12.1967 in GRUR 1968, S. 262 (265).

nahme darüber hinaus einige Widersprüche und Inkonsistenzen der zum Abwehrproblem unübersichtlichen reichsgerichtlichen Rechtsprechung ausräumte, sowie die Voraussetzungen zulässiger Abwehrmaßnahmen näher bestimmte, soll die Entscheidung hier auszugsweise wiedergegeben werden:¹⁾

"Die Voraussetzungen einer zulässigen wettbewerbliehen Abwehr sind von der Rechtsprechung teils unmittelbar aus § 227 BGB, teils unter entsprechender Heranziehung seines Grundgedankens entwickelt worden (vgl. die Übersicht bei Erichsen, GRUR 1958, S. 425 ff.). Der frühere I. Senat des Bundesgerichtshofes ist von einer nur entsprechenden Anwendung des § 227 BGB ausgegangen. (BGH in GRUR 1960, S. 193, 196 - Frachtenrückvergütung). An dieser Auffassung, die trotz einzelner abweichender Entscheidungen (vgl. etwa RG in GRUR 1944, S. 34, 35 - Stahlseitenbeton) auch überwiegend vom RG vertreten worden ist (vgl. die nachfolgende RG-Rechtsprechung), hält der erkennende Senat fest. Denn wenn es bei der Notwehr um einen Rechtfertigungsgrund für ein an sich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllendes Verhalten geht, handelt es sich bei der wettbewerbliehen Abwehr um die insoweit vorgelagerte Frage, ob die Abwehrhandlung überhaupt den Tatbestand des § 1 UWG erfüllt (vgl. BGH, a.a.O.). Denn für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung kommt es von vornherein auf das Gesamtverhalten nach seinem konkreten Anlaß, Zweck, Mittel, seinen Begleitumständen und Auswirkungen an (vgl. BGHZ ...), so daß die Abwehrlage, der Abwehrzweck und die Notwendigkeit der Abwehrmaßnahmen bereits bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit mit berücksichtigt werden müssen. Dabei führt die entsprechende Heranziehung der Grundsätze des § 227 BGB dazu, daß ein Wettbewerbsverhalten außer Betracht bleiben kann, das bereits ohne Berücksichtigung der Abwehrlage nicht als wettbewerbswidrig beanstandet werden kann, da sich andernfalls die dem § 227 BGB zugrunde liegende Problematik überhaupt nicht stellen würde. Dem von der früheren Rechtsprechung wiederholt aufgestellten Grundsatz, daß auch bei einer wettbewerbliehen Abwehr keinesfalls Mittel

1) Im übrigen hat der BGH die Frage der Abwehr soweit ersichtlich in der Folgezeit noch nicht wieder näher erörtert. Angesprochen wurde die Abwehr jedoch vom OLG Frankfurt im Urt. vom 3.2.1972 in WuW 1972, S. 589 (590) und OLG Celle im Beschl. vom 15.2.1974 in WRP 1974, S. 277.

angewendet werden dürfen, die an sich unlauter seien, (so etwa RG ...), kann daher in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Es geht vielmehr stets um die Frage, ob ein an sich unzulässiges Wettbewerbsverhalten ausnahmsweise durch die Abwehrlage, den Abwehrzweck und die Notwendigkeit der Abwehrmaßnahme eine andere wettbewerbsrechtliche Beurteilung erfahren und daher wettbewerbsrechtlich nicht beanstandet werden kann (vgl. BGH ...). Daraus ergibt sich, daß aufgrund dieser Sondersituation bei der Abwehr gegnerischen unlauteren Wettbewerbs die Grenzen dessen, was als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen ist, anders und weiter zu ziehen sind, als bei Wettbewerbs-handlungen, bei denen eine Abwehr und Verteidigung nicht in Frage kommt." (Es folgen weitere, die einzelnen Voraussetzungen der Abwehr näher bestimmende Ausführungen, die im Rahmen der Erörterung im 3. Kap. Berücksichtigung gefunden haben).

Zwei Bemerkungen seien der näheren Würdigung dieser Gedankengänge vorangestellt:

Der Hinweis des erkennenden Senats auf das Urteil vom 3. November 1959 ("Frachtenrückvergütung") als einem Beispiel für die Rechtsprechung, die bereits früher von einer nur entsprechenden Anwendung des § 227 BGB auf den Abwehreinwand ausging, ist nach unserer Ansicht verfehlt, da dort zwar eine negative Abgrenzung zur Notwehr herausgearbeitet, die entsprechende Anwendung der Notwehrbestimmung jedoch nicht angesprochen wurde.¹⁾

Als abweichende Entscheidung von dieser Rechtsprechung zitiert der Senat das Urteil vom 8. November 1943 ("Stahlseitenbeton")²⁾, wodurch der Eindruck entsteht, daß die Rechtsprechung des BGH nicht von dem nunmehr eingenommenen Standpunkt abgewichen sei; unsere Untersuchung hat jedoch gezeigt, daß auch die Stellungen der Rechtsprechung nach 1945 zur Rechtsgrundlage des Abwehreinwandes unterschiedliche Hinweise gegeben haben.

Neben der wichtigen Klärung, daß es sich bei der wettbewerbli-

1) Vgl.: BGH vom 3.11.1959 in GRUR 1960, S. 193 (196); s. auch o. S. 180.

2) Vgl. Fußnote Nr. 2 auf S. 179.

chen Abwehr nicht um einen Rechtfertigungsgrund, sondern um die insoweit vorgelagerte Frage handele, ob die Abwehrhandlung überhaupt den Tatbestand des § 1 UWG erfülle, wobei ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen in entsprechender Anwendung des § 227 BGB zu bestimmen seien, spricht die Entscheidung die umfangreiche, in sich widerspruchsvolle Rechtsprechung des Reichsgerichts an, die einerseits Mittel, die ohne den Abwehrzweck aus dem Rahmen des erlaubten Wettbewerbs herausfielen, als Abwehrmaßnahmen für statthaft erklärte¹⁾, andererseits aber betonte, daß Abwehrhandlungen keinesfalls "an sich" unlauter sein dürfen²⁾. Dieser Gegensatz wird zwar in der vorliegenden Entscheidung nicht erklärt, sie hebt jedoch nunmehr deutlich hervor, daß es bei der Abwehrfrage immer darum gehe, ob ein an sich unzulässiges Wettbewerbsverhalten ausnahmsweise durch die Besonderheiten der Abwehrsituation eine andere wettbewerbsrechtliche Beurteilung erfahren könne.

Obwohl das Reichsgericht den Abwehrgedanken für das Wettbewerbsrecht niemals grundsätzlich verneinte, haben die immer wiederkehrenden, gegensätzlichen Formulierungen zu den mannigfachen Erklärungsversuchen in der Literatur geführt, die sich um die Deutung der Abwehr bemühten. Daß diesen Versuchen unseres Erachtens kein überzeugender Erfolg beschieden war, läßt sich z.T. daraus erklären, daß die Rechtsprechung den Begriff der Abwehr, ohne zunächst die Frage der Rechtsgrundlage zu stellen, erst im Laufe der Zeit, als sie die Voraussetzungen des Abwehreinwandes anhand praktischer Fälle ermittelt hatte, näher bestimmte und zu einem Ergebnis gelangte, das der Notwehr zwar nachempfunden war, aber wettbewerbsrechtliche Besonderheiten aufwies. Diese Entwicklung wird durch einen Vergleich früherer und späterer

1) Vgl.: RG vom 6.5.1915 in JW 1915, S. 913 (915); RG vom 17. 11.1931 in MuW 1932, S. 81 (83); im übrigen kann hier auf die Zusammenstellung bei Erichsen in GRUR 1958, S. 428/429 und bei Sekler, S. 32 verwiesen werden.

2) Vgl.: RG vom 13.3.1928 in JW 1928, S. 1572; s. auch hier bei Erichsen und Sekler, a.a.O.

Entscheidungen deutlich, in denen das Reichsgericht das Abwehrproblem angesprochen hat. Während z.B. das Urteil vom 6. November 1923¹⁾ die Zulässigkeit einer Abwehrmaßnahme im wesentlichen anhand des Abwehrzweckes beurteilte - dort heißt es:

"An sich können auch Abwehrmaßregeln gegen die guten Sitten verstoßen. Aber bei der Prüfung der Frage, ob die angewendeten Mittel als zulässig zu betrachten sind, muß der Abwehrzweck wesentlich berücksichtigt werden. Mittel, die ohne ihn nicht mehr als zulässige Wettbewerbshandlungen anzusehen wären, können als Abwehrmaßnahmen erlaubt sein. Allerdings darf das angewendete Mittel keineswegs an sich unlauter sein. In soweit sind auch für Abwehrhandlungen die gleichen Grenzen wie für den Wettbewerb überhaupt maßgebend. Grundsätzlich ist eine weitgehende Zulassung von Abwehrhandlungen geboten." -

stellen die späteren Urteile weit differenziertere Voraussetzungen für erlaubtes Abwehrhandeln auf. So richtet sich die Zulässigkeit eines Abwehrvergleiches in der Entscheidung vom 20. Juli 1938²⁾ nach folgenden Gesichtspunkten:

"Voraussetzung hierfür ist freilich, daß die Abwehrhandlungen sich in den Grenzen des Sachlichen halten, sowie daß sie geeignet, bestimmt und auch notwendig waren, einen gegenwärtigen Angriff des anderen Teils unschädlich zu machen."

Es war naheliegend, daß diese Erfordernisse von einem Großteil der Literatur als eine Bestätigung der Notwehr = Abwehrlehre gewertet wurden, zumal das Reichsgericht in späterer Zeit die Anwendung der Abwehrgrundsätze auch auf Reaktionen bei nicht rechtswidrigen Angriffen soweit ersichtlich nicht wiederholt

1) Vgl.: RG vom 6.11.1923 in JW 1927, S. 112 (113).

2) Vgl.: RG vom 20.7.1938 in GRUR 1939, S. 72 (77); fast gleichlautende Zulässigkeitsvoraussetzungen enthält die frühere BGH-Rechtsprechung; vgl. etwa: BGH vom 12.3.1954 in GRUR 1954, S. 337 (341); BGH vom 5.6.1956 in GRUR 1957, S. 23 (24); dort wird gefordert, daß die Abwehrmaßnahme notwendig gewesen sein und mit der beanstandeten Handlung des Klägers derartig in Zusammenhang stehen muß, daß sie als taugliches und angemessenes Mittel zur Abwehr der angeblichen Angriffe angesehen werden kann.

hat¹⁾; diesem trug auch der erkennende Senat in seiner Entscheidung vom 22.1.1971, mit der Feststellung Rechnung, daß die Sondersituation der Abwehrlage nur bei der Abwehr gegnerischen unlauteren Wettbewerbs auftreten könne. Dennoch kann nach unserer Ansicht den Literaturstimmen nicht zugestimmt werden, die, wie Erichsen²⁾ als Ergebnis seiner sorgfältigen Analyse der reichsgerichtlichen "Abwehrrechtsprechung", und mit Blick auf die Entscheidung vom 8. November 1943, in der § 227 BGB herangezogen wurde³⁾, den Schluß ziehen, daß das Reichsgericht auf die wettbewerbliche Abwehr die Notwehrgrundsätze angewendet wissen wollte. Es wird dabei nicht hinreichend beachtet, daß die Rechtsprechung, entsprechend den wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten, den Rahmen zulässiger Abwehrmaßnahmen zwar nach ähnlichen Voraussetzungen prüfte, wie sie die Notwehrlehre fordert, diese aber einerseits beschränkte und andererseits erweiterte. In Zusammenhang mit der Betonung, daß Abwehrmaßnahmen nicht zulässig seien, wenn sie über das Maß des Notwendigen hinausgehen, hat die Rechtsprechung mehrfach zum Ausdruck gebracht, daß - im Gegensatz zum allg. Notwehrrecht - der Ausgleich der an einer Abwehrsituation beteiligten Interessen in jedem Falle eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bedinge⁴⁾. Insbesondere aber zeigte sich an den Forderungen nach Sachlichkeit⁵⁾, Wahrheit⁶⁾ bzw. Erkenn-

1) Diese Betrachtungsweise findet sich jedoch in der früheren Rechtsprechung des RGs. Vgl.: RG vom 6.11.1923 in JW 1927, S. 112 (113); RG vom 27.11.1928 in MuW 1929, S. 112 (114) und fand teilweise Anerkennung in der Literatur. Vgl.: Koehne, S. 67 und Rosenthal-Leffmann, Rn. 48 zu § 1 UWG.

2) Vgl.: Erichsen (Diss.), S. 106 ff. (insbes. S. 116) und in GRUR 1958, S. 429.

3) Vgl.: RG vom 8.11.1943 in GRUR 1944, S. 34 (35).

4) Vgl.: RG vom 10.1.1936 in GRUR 1936, S. 982 (985/986); RG vom 25.9.1936 in GRUR 1937, S. 237 (239/240).

5) Vgl.: RG vom 25.5.1937 in MuW 1937, S. 386 (389); RG vom 20.7.1938 in GRUR 1939, S. 72 (77); RG vom 20.9.1939 in GRUR 1940, S. 50 (54).

6) Vgl.: RG vom 27.11.1936 in JW 1937, S. 1149; RG vom 15.3.1939 in GRUR 1940, S. 165 (166); RG vom 1.4.1942 in GRUR 1942, S. 364 (366).

barkeit¹⁾ des Abwehrmittels und des zwischen Abwehr und Angriffshandlung erforderlichen Zusammenhangs²⁾, daß die Rechtsprechung die Abwehr nicht der Notwehr gleichsetzte.

Festzuhalten ist sonach, daß schon die reichsgerichtliche Rechtsprechung nicht im Sinne der Notwehr = Abwehrlehre interpretiert werden konnte; die von ihr herausgearbeiteten Grundsätze entwickelten sich vielmehr ohne rechtstheoretische Begriffsbestimmung anhand der zur Entscheidung vorgelegten praktischen Fälle und gewannen einen Rahmen, der den gesetzgeberischen Gedanken der Notwehrbestimmungen unter dem Blickwinkel der besonderen wettbewerbsrechtlichen Wertungen berücksichtigte, ohne die wettbewerbspezifische Abwehrproblematik unter die allgemeinen Notwehrtatbestände zu zwingen.³⁾

Diese Rechtsprechung hat mit der Entscheidung vom 27. Januar 1971, in der der erkennende Senat daran festhielt, daß die Voraussetzungen einer zulässigen wettbewerbsrechtlichen Abwehr unter entsprechender Heranziehung des Grundgedankens des § 227 BGB entwickelt worden und anzuwenden seien, ihre Bestätigung gefunden; diese erfolgte im übrigen in der Rechtsprechung einiger Oberlandesgerichte schon bedeutend früher⁴⁾.

Trotz der für die Frage der Rechtsgrundlage wichtigen Klarstellungen, daß der Abwehreinwand kein Rechtfertigungsgrund sei und es sich bei der wettbewerbsrechtlichen Abwehr um die insoweit vorgelegte Frage handle, ob die Abwehrhandlung unter entsprechender Heranziehung des Grundgedankens des § 227 BGB überhaupt den

1) Vgl.: RG vom 24.1.1936 in GRUR 1936, S. 747 (751); RG vom 1.7.1939 in GRUR 1939, S. 982 (988).

2) Vgl.: RG vom 11.10.1932 in GRUR 1932, S. 1201 (1202/3); RG vom 25.1.1935 in GRUR 1935, S. 445 (448/449).

3) So im Ergebnis auch: Droste (Abwehr), S. 513; Reimer, D., S. 127; Sekler, S. 38; Baumbach-Hefermehl, Rn. 303 zu Einl. UWG.

4) Vgl.: OLG Stuttgart, Beschl. vom 22.9.1953 in WuW 1953, S. 701 (703); OLG Düsseldorf vom 20.12.1966 in Betrieb 1967, S. 281.

Tatbestand des § 1 UWG erfülle, hat die Rechtsprechung damit bis heute keine definitive rechtsdogmatische Begründung des Abwehreinwandes gegeben. Nur mittelbar läßt sich ihr Standpunkt ermitteln, der auf eine einfache Formel gebracht, in etwa wie folgt zusammengefaßt werden könnte:

"Der Abwehreinwand ist ein wettbewerbsspezifisches Rechtsinstitut, das in der wettbewerbsrechtlichen Praxis gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden hat und bei Vorliegen seiner Voraussetzungen, die unter entsprechender Heranziehung des Grundgedankens des § 227 BGB entwickelt wurden, nicht den materiellen Unrechtsgehalt einer Wettbewerbshandlung beseitigt, sondern die Tatbestandserfüllung des § 1 UWG verneint."

IV. Eigene Stellungnahme zur Rechtsgrundlage des Abwehreinwandes

Der rechtlichen Deutung des wettbewerblichen Abwehreinwandes aus unserer Sicht sei eine Rückschau auf die bereits gewonnenen Erkenntnisse vorangestellt.

Wir haben erfahren, daß die Abwehr wettbewerbswidriger Angriffe grundsätzlich die Verfolgung von Wettbewerbszwecken beinhaltet und dementsprechend der Beurteilung der allgemeinen Wettbewerbsordnung unterliegt, so daß auch für die Bewertung der Handlungen des sich auf eine Abwehrsituation berufenden Wettbewerbers die für alle Wettbewerbshandlungen gleichermaßen geltenden Grundsätze des wettbewerblichen Interessenschutzes heranzuziehen sind. Damit richtet sich der Bewertungsmaßstab, anhand dessen der Wettbewerbsrichter die Beurteilung einer Abwehrmaßnahme vorzunehmen hat, entsprechend dem funktionsbezogenen Begriff der wettbewerblichen Sittenwidrigkeit des § 1 UWG, nach dem

Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und den Vorstellungen der beteiligten Verkehrskreise sowie der Allgemeinheit, mit dem besonderen Augenmerk auf die für das Abwehrmoment geltenden Grundsätze. Eine sonach anhand des Kriteriums der "guten Sitten" über die Zulässigkeit einer Abwehrmaßnahme gefällte positive Entscheidung des Wettbewerbsrichters enthält die Feststellung, daß eine Ausnahme von dem Verbot einer "an sich" unlauteren Wettbewerbshandlung gegeben ist, so daß die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen eines Wettbewerbsverstosses nicht erfüllt sind. Die Ausnahmesituation eines Handelns in berechtigter Abwehr rechtfertigt somit nicht ein rechtswidriges, weil tatbestandsmäßiges Tun, sondern läßt den Vorwurf der Sittenwidrigkeit mangels tatbestandsmäßiger Erfüllung gar nicht entstehen.

1. Abwehreinwand und Notwehreinwand sind unterschiedliche Begriffe.

(1) Mit der Qualifizierung des Abwehreinwandes als einen den Tatbestand wettbewerbswidrigen Handelns verneinenden Ausnahmefall war bereits dargelegt, daß die wettbewerbliche Abwehr vom rechtfertigenden Notwehreinwand zu unterscheiden ist! Eine unmittelbare Übertragung der Notwehrbestimmung des § 227 BGB auf den Abwehreinwand muß schon aus diesem Grunde entfallen.

(2) Neben dieser rechtsdogmatischen Unvereinbarkeit birgt die Gleichsetzung von Notwehr und Abwehr verschiedene Konsequenzen, die den wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten nicht entsprechen; darüber hinaus können einige grundlegende Einlassungen der Vertreter der Notwehr = Abwehrlehre, die zwar den spezifischen wettbewerbsrechtlichen Gegebenheiten Rechnung tragen, als nicht auf dem Boden der allgemeinen Notwehrlehre stehend anerkannt werden.

(a) Ergeben sich auch hinsichtlich der notwehrrechtlichen Tatbestandsmerkmale "Rechtswidrigkeit" und "Gegenwärtigkeit" des Angriffs in bezug auf ihre wettbewerbsrechtliche Anwendung, abgesehen von der Notwendigkeit ihrer wettbewerbsspezifischen Auslegung, keine rechtlichen Besonderheiten¹⁾, so sind diese jedoch bezüglich des Merkmales "Erforderlichkeit" der Abwehrhandlung zu verzeichnen.²⁾ Während die allgemeine Notwehrlehre das Gebot der "Verhältnismäßigkeit" nur in krassen Fällen einer Disproportionalität der konkurrierenden Rechtsgüter erhebt, ist im Wettbewerbsrecht infolge der grundsätzlichen Gleichrangigkeit aller Wettbewerbsinteressen Art und Umfang jeder berechtigten Abwehrmaßnahme nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anhand einer den Umständen des Einzelfalles entsprechenden Abwägung aller beteiligten Interessen zu bestimmen.

(b) Zu den anerkannten Grundregeln des allgemeinen Notwehrrechts zählt die Beschränkung, daß Verletzungen von Rechtsgütern unbeteiligter Dritter oder der Allgemeinheit durch Notwehr nicht gedeckt werden. Die Zulässigkeitsprüfung einer Abwehrmaßnahme muß jedoch mit einer Bewertung abschließen, die allgemeine Gültigkeit besitzt und nicht nur inter partes wirkt³⁾. Die gleiche Handlung eines Beklagten darf im Wettbewerbsprozeß mit dem angreifenden Kläger nicht als zulässige Abwehrmaßnahme und im Prozeß mit einem unbeteiligten Dritten als Angriffshandlung qualifiziert werden und hier eine Verurteilung zur Unterlassung und zum Schadensersatz nach sich ziehen. Dementsprechend kann im Wettbewerbsrecht ein Identitätserfordernis zwischen Angreifer und dem durch eine Abwehrhandlung allein Verletzten kein ausnahmsloses Dogma sein! Die wettbewerbspezifische Abwehrproblematik erfordert, daß von dem Grundsatz, die Abwehrmaßnahme dürfe kein Drittinteresse verletzen und nicht in die Belange der

1) Vgl. o. S. 48 ff.

2) Vgl. o. S. 66 ff.

3) Vgl. o. S. 100 ff.

Allgemeinheit eingreifen, unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen zugelassen werden. Die Grenze der Zulässigkeit dieser Eingriffe muß dort liegen, wo Abwehrhandlungen geeignet sind, Dritte oder die Allgemeinheit irrezuführen oder anderweitig grobe Störungen des Wettbewerbsfriedens hervorzurufen.

(c) Divergenzen bestehen darüber hinaus zwischen Abwehr- und Notwehrhilfe¹⁾. Während das allgemeine Notwehrrecht Verteidigungshandlungen gestattet, um einen Angriff "von sich oder einem anderen abzuwenden", und anerkennt, daß auch der Staat ein "anderer" im Sinne der §§ 227 BGB, 32 StGB sein kann, muß - trotz der grundsätzlichen Bejahung der Abwehrhilfe für das Wettbewerbsrecht - eine "reine Staatsabwehrhilfe" im Wettbewerbsrecht ausscheiden, da ein Handeln nur zum Schutze des Staates bzw. der Öffentlichkeit keine Wettbewerbshandlung im Sinne der im 2. Kapitel²⁾ festgelegten Bestimmung darstellt, wenn die Absicht, eigenen Wettbewerb zu fördern, gegenüber einem Handeln zum Schutze des Staates völlig in den Hintergrund tritt. Im übrigen wird die Skala, der bei einer Abwehrhilfe möglichen Maßnahmen dadurch beschränkt, daß Abwehrhilfe mit werblichen Mitteln den wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten zuwiderläuft, da das Publikum eine Werbung zugunsten eines Dritten instinktiv als Widerspruch in sich selbst empfinden würde. Eine derartige Beschränkung der Verteidigungsmittel kennt die Notwehrhilfe nicht, da der "Helfende" bei Vorliegen einer zulässigen Notwehrhilfesituation zu den gleichen Mitteln greifen kann, die dem Angegriffenen bei einer Eigenwehr zustehen würden.

(d) Der kongruenten Handhabung der allgemeinen Notwehrlehre im Wettbewerbsrecht würde daneben bei der Übernahme der für die Putativ-Notwehr und den Notwehrexzeß geltenden allgemeinen Re-

1) Vgl. o. S. 109 ff.

2) Vgl. o. S. 5/6.

geln des weiteren entgegenstehen, daß die dem "gewitzigen unlauteren Wettbewerber" damit einzuräumende Möglichkeit, den Exzeß oder den Irrtum entschuldigen zu können, das auch im Wettbewerbsrecht hinsichtlich des Schadensersatzanspruches geltende Verschuldensprinzip mit Argumentationen unterlaufen würde, die mit dem Sorgfaltserfordernis wettbewerblichen Handelns nicht zu vereinbaren wären. Es geht nicht an, einen "Abwehrprozeß" unter das dem Wettbewerb fremde Beweisthema zu stellen, wann ein Wettbewerber ausreichend erschrocken oder bestürzt gewesen ist, damit sein Handeln zu entschuldigen wäre!¹⁾

(3) Die rechtstheoretische Klärung, daß der Abwehreinwand nicht der Rechtfertigung wettbewerbswidrigen Handelns dient, und die im einzelnen gewonnenen Unterscheidungsmerkmale nötigen somit dazu, den Abwehreinwand von der Notwehr zu unterscheiden. Dieses aus dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung sicher wenig begrüßenswerte Ergebnis findet in der Besonderheit der wettbewerblichen Interessenlage seine tiefere Begründung. Die Wahrung des wettbewerblichen Gleichgewichts erfordert ein Rechtsinstitut, das über die Modalitäten des reinen Verteidigungsgedankens des allgemeinen Notwehrrechts hinausgeht und geeignet ist, die Kampfgleichheit der widerstreitenden Wettbewerbsinteressen zu regulieren.

(4) Unsere Untersuchung hat des weiteren gezeigt²⁾, daß auch die im Schrifttum vorgeschlagene analoge Anwendung der Notwehrgrundsätze auf die Abwehr keine überzeugende Lösung bietet. Unterscheiden sich Notwehr- und Abwehreinwand schon infolge des Gegensatzes eines Rechtfertigungsgrundes auf der einen und eines den Tatbestand wettbewerbswidrigen Verhaltens ausschließenden Grundes auf der anderen Seite, so verwehren insbesondere

1) Vgl. o. S. 115.

2) Vgl. o. S. 166.

Normzweck und Interessenlage eine Analogie der Notwehrgrundsätze. Während das allgemeine Notwehrrecht auf der Grundentscheidung basiert, daß die Interessen des Angreifers grundsätzlich geringer zu bewerten sind und eine Disproportionalität der konkurrierenden Güter nur bei krassem Mißverhältnis die Entscheidung zu beeinflussen vermag, liegt der wettbewerblichen Abwehr die grundsätzliche gleichrangige Bewertung aller an einer Abwehrsituation beteiligten Interessen zugrunde, wodurch in jedem Falle die Prüfung zu erfolgen hat, ob das dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht widersprechende Maß des zur Abwehr Erforderlichen durch die Verteidigungshandlung überschritten wurde. Wie bereits betont wurde, geht die Zweckbestimmung des Abwehrgedankens dabei über die Modalitäten des reinen Verteidigungsgedankens hinaus und reguliert daneben zur Wahrung des wettbewerblichen Gleichgewichtes die Kampfgleichheit der widerstreitenden Wettbewerbsinteressen.

2. Der Abwehreinwand ist ein dem Grundgedanken der Notwehr angelehntes eigenständiges, wettbewerbsspezifisches Rechtsinstitut

Die Abwehrproblematik des Wettbewerbsrechts erfordert ein regulativ bipolaren Charakters, das einerseits den Gedanken der Unrechtskompensation mit der Maßgabe, dem angegriffenen Wettbewerber die Befugnis zur Verteidigung seiner schutzwürdigen Wettbewerbsinteressen zu erteilen, Rechnung trägt, und andererseits geeignet ist, die Kampfgleichheit der widerstreitenden Interessen zur Wahrung des Wettbewerbsfriedens zu garantieren. Die Untersuchung hat gezeigt, daß diese besondere wettbewerbsrechtliche Situation Fragen stellt, die durch eine direkte Übertragung der allgemeinen Notwehrgrundsätze nicht befriedigend beantwortet werden können.

Der gewohnheitsrechtlich anerkannte Abwehreinwand beinhaltet - um den Ausdruck Baumbach-Hefermehls¹⁾ zu verwenden - insofern eine "andere Wertung", als es sich bei der Abwehr nicht um einen Rechtfertigungsgrund handelt, sondern um den aufgrund einer Gesamtwürdigung wettbewerblichen Handelns ermittelten Ausnahmefall von dem in § 1 UWG statuierten Verbot einer an sich sittenwidrigen Verhaltensweise, der bereits bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit berücksichtigt werden muß.

Da die Grundlage der Bewertung einer Abwehrmaßnahme der für alle Wettbewerbshandlungen gleichermaßen geltende wettbewerbliche Interessenschutz ist, und ein Abwehrverhalten somit nach den Umständen des Einzelfalles unter besonderer Berücksichtigung aller an der Abwehrsituation beteiligten Interessen zu bewerten ist, handelt es sich bei der wettbewerblichen Abwehr um einen eigenständigen, wettbewerbsspezifischen Erlaubnissatz, den die wettbewerbliche Praxis entwickelt und der gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden hat. Befreit von den den wettbewerblichen Besonderheiten im einzelnen nicht entsprechenden Konsequenzen einer unmittelbaren Übertragung der Notwehrgrundsätze, vermittelt dieses Rechtsinstitut praktisch befriedigende und den wohlverstandenen Interessen aller Marktbeteiligten und den Belangen der Allgemeinheit entsprechenden Ergebnisse, die geeignet sind, die durch einen Angreifer ausgelöste Störung des Wettbewerbsfriedens schnell und wirkungsvoll zu beseitigen. Dabei ist eine Verwandtschaft mit der allgemeinen Notwehrlehre insofern gegeben, als sich die Voraussetzungen berechtigten Abwehrverhaltens an den Grundgedanken dieser Lehre orientieren, ohne jedoch dem Zwang enger tatbestandlicher Subsumtion unter den Notwehrbegriff des allgemeinen Zivil- bzw. Strafrechts (§§ 227 BGB, 32 StGB) ausgesetzt zu sein. Damit ist der Frei- raum gegeben, der dem Wettbewerbsrichter die Möglichkeit garantiert, den Wandel der Wettbewerbssituation auch hinsichtlich der Abwehrproblematik allein nach wettbewerbsrechtlichen Ge-

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 303 zu Einl. UWG.

sichtspunkten zu beurteilen. Insbesondere aber bereiten die Fälle der sog. "Doppelverletzung" keine Schwierigkeiten, da die etwaigen nicht wettbewerbsrechtlichen Verteidigungsmaßnahmen durch die Notwehr gedeckt und "Verletzungen" wettbewerblischer Interessen durch den eigenständigen Abwehreinwand von dem Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit befreit werden können.

Danach qualifizieren wir den Abwehreinwand rechtstheoretisch wie folgt:

"Der Abwehreinwand ist ein eigenständiges, wettbewerbspezifisches Rechtsinstitut, das in der wettbewerbsrechtlichen Praxis gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden hat, und bei Vorliegen seiner Voraussetzungen - die sich an den Grundgedanken der Notwehrlehre orientieren - nicht den materiellen Unrechtsgehalt einer Wettbewerbshandlung beseitigt, sondern unter Berücksichtigung aller an der Abwehrsituation beteiligten widerstreitenden Wettbewerbsinteressen, die tatbestandliche Erfüllung eines Wettbewerbsverstoßes verneint."

V. Abgrenzung der Abwehr von dem Einwand der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" und dem Einwand der "unclean hands" im Wettbewerbsrecht

Neben der Berufung auf eine Abwehrsituation wird der Wettbewerbsprozeß häufig dadurch bestimmt, daß der Beklagte einwendet, er habe in "Wahrnehmung berechtigter Interessen" gehandelt oder aber "die Klageerhebung sei mißbräuchlich, weil der Kläger selbst unlauteren Wettbewerb betreibe". Während mit dem Einwand der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" die Widerrechtlichkeit einer an sich wettbewerbswidrigen Handlungsweise

mit der Begründung bestritten wird, daß dieses Verhalten wegen seiner besonderen Zweckbestimmung erlaubt gewesen sei, kommt in dem Einwand der sog. "unclean hands" der im englisch-amerikanischen Recht anerkannte Grundsatz zum Ausdruck, daß ein Kläger mit "unsauberen Händen" infolge eigener unlauterer Verhaltensweise kein rechtliches Gehör finden dürfe.¹⁾

(1) Abgrenzung der Abwehr vom Einwand der "Wahrnehmung berechtigter Interessen"

Der Einwand der "Wahrnehmung berechtigter Interessen" schließt die Rechtswidrigkeit einer wettbewerblichen Maßnahme aus, wenn dem Wettbewerber ein Interesse zur Seite stand, dessen Wahrnehmung weder gegen die Rechtsordnung verstößt noch den guten wettbewerblichen Sitten zuwiderläuft.²⁾ Es ist heute überwiegend anerkannt, daß ein derartiges berechtigtes Interesse bei der Wahrnehmung eigener sowie fremder Interessen vorgelegen haben kann.³⁾ Die Berücksichtigung dieses Rechtfertigungsgrundes setzt, da es sich um einen Anwendungsfall des allgemeinen Rechtsgedankens der Güter- und Pflichtenabwägung handelt,⁴⁾ eine Abwägung

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 389 zu Einl. UWG, mit dem Hinweis auf den Grundsatz des englischen Rechts: "He who wants equity must do equity."

2) Vgl.: Reimer-v. Gamm, § 14 Rn. 24; Rosenthal-Leffmann, § 14 Rn. 43; kritisch zur rechtlichen Klassifizierung des Einwandes wettbewerblicher Interessen als Rechtfertigungsgrund: Erdsiek, S. 311 f.

3) Vgl.: BGH vom 10.1.1968 in WRP 1968, S. 282 (283); BGH vom 23.2.1968 in WRP 1968, S. 199 (200); BGH vom 27.11.1970 in GRUR 1971, S. 159 (160); Baumbach-Hefermehl, Rn. 127 zu Allg.; Rosenthal-Leffmann, Rn. 41 zu § 14; a.A.: Reimer-Pastor, S. 45 in Fußnote 19 ("keine Wahrnehmung allgemeiner Interessen, wie z.B. devisenrechtliche oder wirtschaftspolitische"); Bussmann ("Bezugnehmende Werbung"), S. 845.

4) Vgl.: BGH vom 21.11.1958 in GRUR 1959, S. 244 (247); BGH vom 15.5.1959 in GRUR 1960, S. 135 (136); v. Gamm, S. 147; Knopp in Anm. zum Urte. des BGH vom 9.11.1971 in GRUR 1972, S. 439.

der berechtigten Interessen von den Interessen der Betroffenen voraus, wobei die Grenze erlaubter Interessenwahrnehmung dort überschritten wird, wo sie bei Berücksichtigung aller Umstände als nicht mehr vertretbare¹⁾ Maßnahme, die zu einer erfolgsverprechenden Interessenwahrnehmung unbedingt erforderlich war, zu gelten hat; dabei braucht nach der neueren Rechtsprechung nicht nur das für den Betroffenen schonendste Mittel eingesetzt zu werden.²⁾

Reimer³⁾ hat darauf hingewiesen, daß die Fälle der Abwehrhilfe denen einer Wahrnehmung fremder berechtigter Interessen ähneln. Auf den ersten Blick scheinen sich die beiden Ausnahmetatbestände in diesem Punkte tatsächlich zu berühren, da in beiden Fällen neben der Beseitigung einer Wettbewerbsstörung der Schutz fremder Interessen Motiv und Zweck des Handelns ist. Unterschiede bestehen jedoch auch bei dieser verwandten Konstellation insofern, als eine berechnete Abwehrhilfe einerseits die getroffene Maßnahme nicht rechtfertigt, sondern den Makel der Sittenwidrigkeit tatbestandsmäßig gar nicht entstehen läßt und andererseits im Gegensatz zur berechtigten Interessenwahrnehmung einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff voraussetzt. Generell gesehen kann der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen nur dort zur Anwendung gelangen, wo eine konkrete Verletzungshandlung bereits gegeben ist⁴⁾, während eine Wettbewerbsverletzung bei berechtigtem Abwehrverhal-

1) Vgl.: Baumbach-Hefermehl, Rn. 127 zu Allg.

2) Vgl.: BGH vom 21.6.1966 in GRUR 1966, S. 693 (696) unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung, die verlangte, daß die Äußerungen objektiv nach Inhalt, Form und Begleitumständen das gebotene und notwendige Mittel zur Erreichung des rechtlich gebilligten Zwecks bildete, woraus gefolgert wurde, daß eine Interessenwahrnehmung rechtswidrig war, wenn nicht das schonendste Mittel gewählt worden war. Vgl. dazu: BGH vom 26.10.1951 in BGHZ 3, S. 270 (281); BGH vom 11.5.1956 in MDR 1956, S. 734 (735); BGH vom 21.11.1958 in GRUR 1959, S. 244 (247).

3) Vgl.: Reimer, E., S. 872, Rn. 6.

4) Vgl.: Reimer-Pastor, S. 46.

ten gar nicht eintritt.

Beiden Rechtsinstituten ist gemein, daß das vertretbare Maß wettbewerbsgemäßen Verhaltens anhand einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Begleitumstände zu bestimmen ist; es darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß die Abwehrsituation durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff ausgelöst wird und daher zur Wiederherstellung des wettbewerbslichen Gleichgewichts unter Umständen weniger strenge Maßstäbe angelegt werden dürfen, als sie die Fälle der Interessenwahrnehmung erfordern¹⁾. Dieses soll nur als grundsätzlicher Vergleichsmaßstab verstanden werden und nicht bedeuten, daß in Wahrnehmung berechtigter Interessen, wenn es die Umstände erfordern, keine heftigen Reaktionen erfolgen können.

(2) Abgrenzung der Abwehr vom Einwand der "unclean hands"

Den Einwand der "unclean hands" hat der Bundesgerichtshof im Wettbewerbsrecht mit Rücksicht auf die bei der Zulassung dieses Einwandes in besonderem Maße gefährdete Wettbewerbsordnung, im Gegensatz zu einem Teil des Schrifttums²⁾, nur ausnahmsweise für beachtlich angesehen, wenn Kläger und Beklagter beiderseits wettbewerbswidrig handeln und zwischen diesen Wettbewerbshandlungen ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis besteht, so daß der Kläger sich mit seiner Rechtsverfolgung in Widerspruch setzt³⁾. Dieser Ausnahmetatbestand kommt, vorausgesetzt ein

1) Darauf weist auch Droste in seiner Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.11.1958 in GRUR 1959, S. 247 (248) hin.

2) Vgl.: Prölls, S. 69 ff; Fritze, S. 161.

3) Vgl.: BGH vom 5.6.1956 in GRUR 1957, S. 23 (24); BGH vom 2.7.1971 in GRUR 1971, S. 582 (584); zustimmend: Baumbach-Hefermehl, Rn. 390 zu Einl. UWG; Storch in GRUR 1971, S. 585 in seiner Anm. zum Urte. des BGH vom 2.7.1971; Reimer-v. Gamm, 39. Kap., Rn. 12 (S. 304); demgegenüber wurde dieser Einwand für das Wettbewerbsrecht vom OLG Stuttgart im Urte. vom 15.3.1955 in GRUR 1958, S. 124/125 generell abgelehnt; so auch Reimer, E., S. 867, Rn. 1 zu 112. Kap., hinsichtlich des Unterlassungsanspruches.

gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis zwischen beiden Verhaltensweisen ist gegeben, einer Abwehrsituation, in der der Beklagte wettbewerbswidrigen Angriffen mit an sich unlauteren Wettbewerbsmaßnahmen begegnet, sehr nahe, so daß eine Unterscheidung im Einzelfall schwerfallen wird. Gegebenenfalls wird der Richter genötigt sein, wie es die Entscheidung vom 5. Juni 1956 zeigt, den zu beurteilenden Tatbestand nach beiden Gesichtspunkten zu untersuchen. In den Fällen, in denen diese beiden Einwände durchdringen, führen sie zwar mit der Abweisung der Klage zum gleichen Ergebnis; der Unterschied besteht jedoch darin, daß bei berechtigtem Abwehrverhalten die Handlungsweise des Beklagten vom Makel der Wettbewerbswidrigkeit befreit ist, während bei den vom BGH zugelassenen Fällen des Einwands der "unclean hands" lediglich ausgesprochen wird, daß das Verhalten des Klägers mißbräuchlich ist, die Handlungsweise des Beklagten aber keineswegs sanktioniert wird.¹⁾

Infolge der vom BGH vertretenen engen Begrenzung des Einwandes der "unclean hands" im Wettbewerbsrecht - der wir ohne nähere Begründung folgen, da die umstrittene Frage, ob es dem Beklagten im Wettbewerbsprozeß wegen § 13 UWG verwehrt ist, die exceptio doli zu erheben, den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde²⁾; bemerkt sei jedoch, daß die weitergehende Zulassung dieser Verteidigungsmöglichkeit auch nach unserer Ansicht unzulässigen Wettbewerbsgepflogenheiten größere Bestandskraft verleihen könnte - werden die Fälle, in denen sich der Beklagte mit Erfolg auf den Einwand der "unclean hands" beruft, selten bleiben. Es bleibt zu vermuten, daß die Gerichte einer auf Abwehr zielenden Verteidigung eher zu folgen bereit sein werden, als das Verhalten des Klägers als mißbräuchlich zu erklären, da die Unterbin-

1) Vgl.: Storch, S. 585.

2) Vgl. dazu den ausführlichen Aufsatz von Fritze (Einwand), S. 158 ff.

dung von Wettbewerbsverstößen grundsätzlich im Allgemeininteresse liegt.

VI. Der Abwehreinwand in prozessualer Sicht

Eingangs der Untersuchung¹⁾ wurde bereits festgestellt, daß die Berufung auf eine Abwehrsituation prozessual gesehen das Bestreiten eines wettbewerbswidrigen Handelns beinhaltet und, da gegen das Bestehen des Klageanspruches gerichtet, eine materielle Einwendung im Wettbewerbsprozeß darstellt, die der Richter von Amts wegen zu prüfen hat. Die Praxis der Gerichte hat gezeigt, daß der Abwehreinwand häufig zurückgewiesen werden muß, da die Beklagten, infolge der im Einzelfall zumeist schwierigen Feststellungen, wer in der wettbewerblichen Auseinandersetzung der Parteien Angreifer und wer Abwehrender war, in Beweisnot geraten. Hat der Kläger schlüssig dargetan und bewiesen, daß die Handlungsweise des Beklagten "an sich" wettbewerbswidrig war, so trägt der Beklagte die Beweislast für die einzelnen Voraussetzungen berechtigten Abwehrverhaltens, wobei in Fällen langwierigen Konkurrenzkampfes, wie besagt, zumeist der Beweis der Angriffshandlung des Gegners Schwierigkeiten bereitet. Da der Abwehreinwand den Ausnahmefall an sich wettbewerbswidrigen Verhaltens betrifft, sind jedoch im Interesse des lauterer Wettbewerbs strenge Anforderungen an die Beweislast des Beklagten zu stellen.

1) S. o. S. 3.

6. KAPITEL: ERGEBNIS DER UNTERSUCHUNG

Der Untersuchung wurde als Ziel die Bestimmung der Voraussetzungen und Grenzen des gewohnheitsrechtlich anerkannten Begriffes des Abwehreinwandes sowie seine rechtssystematische Einordnung im Wettbewerbsrecht gesetzt. Die Klärung einiger Vorfragen führte zu dem für die Behandlung der Abwehrproblematik wesentlichen Ergebnis, daß zur Feststellung, wann ein mißbräuchliches Verhalten im Wettbewerbsrecht gegeben ist, nicht von dem Schutz eines subjektiven absoluten Rechts oder eines gleichrangigen Rechtsguts ausgegangen werden kann, Ziel und Zweck der wettbewerblichen Ordnung vielmehr der Schutz der von der Wettbewerbsordnung als berechtigt anerkannten privaten und kollektiven Wettbewerbsinteressen vor mißbräuchlichen, dem Lauterkeitsgebot des Wettbewerbs widersprechenden Verhaltensweisen ist. Grundlage der Bewertung einer Abwehrmaßnahme muß daher der für alle Wettbewerbshandlungen gleichermaßen geltende wettbewerbliche Interessenschutz sein, so daß eine Einzelfallbewertung nur durch eine Gesamtwürdigung des Abwehrverhaltens nach den Umständen des Einzelfalles unter besonderer Berücksichtigung aller an der Abwehrsituation beteiligten Interessen erfolgen kann. Hierbei bot sich die Systematisierung der Wettbewerbsverstöße auch für die systematische Aufgliederung der Abwehrmaßnahmen an.

Ließ die Würdigung der in Literatur und Rechtsprechung hinsichtlich der Voraussetzungen berechtigten Abwehrverhaltens bezogenen Standpunkte auch eine dort im wesentlichen wettbewerbsgemäße Behandlung der Abwehrproblematik erkennen, so erwiesen sich die angesprochenen Kriterien jedoch in einzelnen Punkten als den spezifischen Besonderheiten der wettbewerblichen Abwehrsituationen nicht entsprechend und machten eine eigene Definition des Abwehreinwandes erforderlich. Nachdem ein Teil der Wettbewerbsverstöße als den Grundprinzipien des lautereren Wettbewerbs fraglos widersprechend und daher auch zu Abwehrzwecken in jedem Falle untauglich ausgeschieden werden konnte, wurde zur Bestimmung der Gren-

zen erlaubten Abwehrverhaltens eine Bewertung der grundsätzlich abwehrtauglichen Tatbestände anhand der herausgestellten Einzelanfordernisse berechtigten Abwehrverhaltens und der weiteren Beurteilung nach dem durch die Konventionen des Leistungswettbewerbs gesetzten Rahmens vorgeschlagen.

Die rechtssystematische Einordnung des Abwehreinwandes ergab, daß dieser nicht der Rechtfertigung wettbewerbswidrigen Handelns dient und eine Gleichsetzung mit der allgemeinen Notwehr sowie die analoge Anwendung der Notwehrgrundsätze ausscheiden müssen. Der Abwehreinwand wurde als ein eigenständiges, wettbewerbspezifisches Rechtsinstitut gekennzeichnet, das in der wettbewerbsrechtlichen Praxis gewohnheitsrechtliche Anerkennung gefunden hat und bei Vorliegen seiner Voraussetzungen - die sich an dem Grundgedanken der Notwehrlehre orientieren - nicht den materiellen Unrechtsgehalt einer Wettbewerbshandlung beseitigt, sondern unter Berücksichtigung aller an der Abwehrsituation beteiligten widerstreitenden Wettbewerbsinteressen die tatbestandliche Erfüllung eines Wettbewerbsverstoßes verneint.

L e b e n s l a u f

Am 15. Februar 1943 wurde der Verfasser als Sohn des Bankkaufmanns Ferdinand Lohrberg und seiner Ehefrau Ada, geb. Mindermann, in Bremen geboren. Der Verfasser besitzt die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach dem Besuch des Gymnasiums am Leibnitzplatz in Bremen und am 15.2.1964 bestandener Reifeprüfung nahm der Verfasser das Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Münster und Hamburg auf und legte am 10. Mai 1969 vor dem Oberlandesgericht in Hamm die erste und am 12. November 1974 vor dem Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab. Für die Arbeiten an der Dissertation wurde dem Verfasser während einer Beurlaubung vom juristischen Vorbereitungsdienst ein Stipendium nach dem Graduiertenförderungsgesetz gewährt. Seit November 1974 ist der Verfasser als Rechtsanwalt in Osnabrück tätig.

